

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

LUÍSA GENTIL COLLOSSI

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO
ACESSO À SAÚDE**

Florianópolis

2016

LUÍSA GENTIL COLLOSSI

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO
ACESSO À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Florianópolis

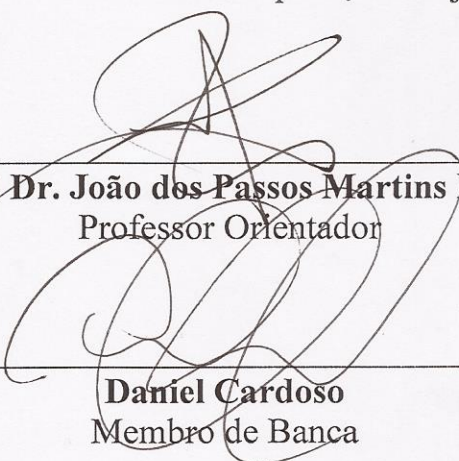
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

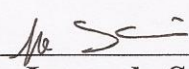
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Judicialização da saúde: análise da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde”, elaborado pela acadêmica “**Luísa Gentil Collossi**”, defendido em **08/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 08 de julho de 2016.



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador

Daniel Cardoso
Membro de Banca



Joana de Souza Sierra
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Luísa Gentil Collossi

RG: 4.979.182-6

CPF: 076.795.929-93

Matrícula: 11201171

Título do TCC: "Judicialização da saúde: análise da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde"

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Eu, Luísa Gentil Collossi, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 08 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita de Luísa Gentil Collossi, sobre uma linha horizontal.
LUIZA GENTIL COLLOSSI

À minha mãe, Angela, pelo amor, carinho e dedicação incondicionais
Ao meu pai, Aldo, pelo suporte e incentivo aos estudos
À minha irmã, Flávia, pela ternura e carinho
Às minhas avós, Ambrosina e Zélia, pela contribuição à minha formação

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIS - Ações Integradas de Saúde

AGR - Agravo Regimental

CAP - Caixa de Aposentadoria e Pensão

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONASP - Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária

IAP - Instituto de Aposentadoria e Pensões

IAPAS - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

IRDR – Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva

MPAS - Ministério da Previdência e Assistência Social

OMS - Organização Mundial da Saúde

RE - Recursos Extraordinários

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SL - Suspensão de Liminar

SS - Suspensão de Segurança

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS - Sistema Único de Saúde

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

RESUMO

COLLOSSI, Luísa Gentil. **Judicialização da saúde: análise da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente a atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde, bem como seus limites e implicações. Utiliza-se o método monográfico de procedimento, o método indutivo de abordagem e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e documental. Apresenta-se, inicialmente, uma abordagem histórica da legislação pertinente à saúde pública no Brasil. Examina-se, em seguida, a aplicação do direito à saúde sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na sequência, analisa-se a natureza jurídica do direito à saúde, expõem-se críticas à atuação judicial na concretização do referido direito fundamental social e, por fim, apresentam-se parâmetros para balizar a interferência do Poder Judicial na promoção do acesso à saúde com o fim de fortalecer o âmbito de aplicação do direito à saúde e de legitimar a atuação judicial na matéria.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direito fundamental. Direito social. Acesso à saúde.

ABSTRACT

This work aims to analyze critically the Judiciary's action on promoting access to health, as well as its limits and implications. It uses the monographic method of proceeding, the inductive method of approach and the indirect research technique, with bibliographic and documental inquiry. It presents initially an historic approach of the law related to the public health in Brazil. In the following it examines the application of the right to health from the Brazilian Supreme Federal Court jurisprudence's perspective. In sequence, it analyzes the juridical nature of the right to health, it exposes critics to the judicial action on materializing the referred fundamental social right and, at the end, it presents parameters to mark out the Judiciary's interference on access to health promotion in order to strengthen the application scope of the right to health as well as to legitimate the judicial action on the matter.

Key-words: Right to health. Fundamental right. Social right. Access to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO BRASIL COLÔNIA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).....	12
1.1. Visão geral dos modelos de sistema de saúde	12
1.2. Brasil Colônia (1500-1822).....	13
1.3. Brasil Imperial (1822-1889)	14
1.4. República Velha (1889-1930).....	15
1.5. Era Vargas (1930-1945)	18
1.6. Democratização da República (1945-1964)	20
1.7. Regime Militar (1964-1985).....	23
1.8. A 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986)	25
1.9. Sistema normativo a partir da Constituição de 1988	28
2. O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
2.1. As três fases da jurisprudência.....	35
2.1.1. Primeira fase.....	36
2.1.2. Segunda fase.....	37
2.1.2.1. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS	38
2.1.2.2. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627/RS ...	38
2.1.2.3. Medida Cautelar na Petição nº 1.246/SC	39
2.1.2.4. Recurso Extraordinário nº 271.286/RS	40
2.1.3. Terceira fase	42
2.2. Fase contemporânea	43
2.2.1. Suspensão de Segurança nº 3.073/RN (SS 3073).....	43
2.2.2. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL (STA 91)	44

2.2.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF (ADPF 45).....	45
2.2.4. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Repercussão Geral	47
2.2.5. Suspensão de Tutela Antecipada nº 278/AL (STA 278).....	47
2.2.6. Audiência Pública – Saúde.....	48
2.2.7. Suspensão de Tutela Antecipada nº 178/CE (STA 178).....	49
2.2.8. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (STA 175 AgR)	52
2.2.9. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE (SL 47 AgR)	56
2.2.10. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 750.768/BA (AI 750768 AgR).....	58
2.2.11. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG – Repercussão Geral.....	58
2.2.12. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777/RS	58
2.2.13. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM... 59	
2.2.14. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762.242/RJ.....	60
2.2.15. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831.385/RS	61
2.2.16. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 815/SP	62
2.2.17. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 894.085/SP.....	63
2.3. Fosfoetanolamina	64
2.3.1. Suspensão de Tutela Antecipada nº 828/SP	64
2.3.2. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF (ADI 5501).....	66
3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE, ANÁLISE CRÍTICA E PARÂMETROS À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO ACESSO À SAÚDE	70
3.1. Considerações sobre a natureza jurídica do direito à saúde	72

3.1.1. Direito subjetivo	72
3.1.2. Norma programática	74
3.1.3. Mínimo existencial, reserva do possível e mandados de otimização	77
3.2. Limites, implicações e críticas à atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde	79
3.2.1. Caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da CF/88	80
3.2.2. Direito à saúde de um x direito à saúde da coletividade	81
3.2.3. Legitimidade	82
3.2.4. Separação dos Poderes e organização da Administração Pública	84
3.2.5. Aspecto econômico	85
3.2.6. Universalidade e integralidade do acesso à saúde	86
3.2.7. Aspecto probatório	87
3.2.8. Acesso à justiça	88
3.2.9. Aspecto técnico	89
3.3. Parâmetros de racionalização e uniformização da atuação judicial	89
3.3.1. Observância da legislação e do grau de desenvolvimento de políticas públicas	91
3.3.2. Limitação aos recursos públicos existentes	92
3.3.3. Tratamentos nacionais e vinculados ao SUS	92
3.3.4. Medicamentos genéricos e tratamentos de baixo custo	93
3.3.5. Eficácia comprovada	93
3.3.6. Medicamentos constantes em listas elaboradas pelo Poder Público	94
3.3.7. Legitimidade passiva	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

O processo de *judicialização da saúde* tem ganhado espaço em debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais em virtude do aumento exponencial do número de demandas que buscam efetivo acesso à saúde, do impacto orçamentário que lhe é correlato e da complexidade da matéria, sendo tema de interesse não somente dos operadores de direito, mas também do Estado e da sociedade em geral.

A expressão *judicialização da saúde* é utilizada para indicar o aumento significativo da intervenção do Poder Judiciário em relação ao acesso à saúde por meio de demandas que reivindicam o fornecimento de medicamentos e a realização de procedimentos médicos por parte do Estado – seja em razão do crescimento do número de ações, seja em razão da intensificação do grau da referida intervenção. Sendo assim, constata-se a necessidade de debate sobre o tema e de adoção de parâmetros objetivos para que a tutela jurisdicional seja entregue ao cidadão da forma mais célere e justa possível.

A complexidade do tema decorre não apenas da diversidade de pretensões que podem ser ajuizadas na área da saúde, mas principalmente em virtude da necessidade de apreciação de múltiplas questões para decidir um caso concreto, como alocação de recursos públicos, existência de políticas públicas de saúde, controle das ações da Administração Pública na esfera dos direitos fundamentais sociais e garantia de proteção desses direitos.

O interesse pelo tema, decorrente de sua importância e da atualidade do debate acerca do acesso à saúde pela via judicial – cujo debate se intensificou no ano de 2015 em virtude do grande volume de ações que solicitaram acesso à substância *fosfoetanolamina sintética* –, motivou o desenvolvimento desta pesquisa, direcionada à análise da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O processo de *judicialização da saúde*, caracterizado pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde por meio de ações judiciais que pleiteiam acesso a prestações de saúde, apresenta-se como instrumento legítimo a promover o acesso à saúde? Quais os limites e implicações da referida interferência? Foram esses os questionamentos que impulsionaram a pesquisa desenvolvida por documentação indireta.

Para melhor compreensão do sistema normativo vigente no que tange ao direito à saúde, faz-se necessária uma análise histórica da saúde pública no País, perpassando pelas Constituições e legislação infraconstitucional do Brasil Colônia à Constituição Federal de 1988.

Além dos aspectos legais e das normas administrativas que regulamentam o direito à saúde, realizar-se-á ampla análise de decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de visualizar o acesso à saúde sob a ótica da jurisprudência da Corte constitucional brasileira.

Apresentada análise sobre a aplicação do direito à saúde pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, partir-se-á à apreciação da classificação doutrinária acerca da natureza jurídica do direito à saúde, a fim de verificar de que forma a Constituição Federal de 1988 estabelece os limites e as possibilidades de implementação do referido direito fundamental social.

Na sequência, será desenvolvida reflexão teórica sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização do referido direito à saúde, evidenciando-se um conjunto de críticas, os limites e as implicações da excessiva intervenção judicial em matéria de acesso a prestações de saúde com o propósito de oferecer visão plural sobre o tema

Ao fim, são apresentados parâmetros objetivos sugeridos pela doutrina para balizar a atuação do Poder Judiciário no que tange à promoção do acesso à saúde pela via judicial, baseados em critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional e isonômica, aptos a dar uniformidade e disciplina à matéria, com o objetivo de fortalecer o âmbito de aplicação do direito fundamental social à saúde e legitimar a atuação judicial na matéria.

1. HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO BRASIL COLÔNIA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

1.1. Visão geral dos modelos de sistema de saúde

Inicialmente, antes mesmo de iniciar a análise do desenvolvimento da saúde pública no Direito brasileiro, mostra-se imprescindível distinguir os modelos de sistema de saúde adotados ao longo da história no âmbito internacional. De acordo com André Médici (1994), são três os modelos de sistema de saúde¹.

O primeiro deles denomina-se assistencialismo. Nesse sistema, cuja origem coincide com o início do capitalismo industrial na Inglaterra, o foco é a proteção social dos mais necessitados, daqueles que efetivamente não conseguem alcançar mecanismos de proteção à saúde sem assistência do Estado.²

O sistema assistencialista vigorou como modelo clássico de organização da proteção social até 1870, quando então deu lugar ao previdencialismo.³

O referido sistema surge da combinação de interesses dos trabalhadores, das empresas e do Estado. Seu início está relacionado ao desenvolvimento da classe trabalhadora, visto que tem como base um contrato apto a fornecer proteção aos trabalhadores e suas famílias. Esse sistema foi adotado por Bismarck, na Alemanha, e figurou como principal modelo de organização da proteção social e de atenção à saúde na primeira metade do século XX. Nos países desenvolvidos, foi adotado até a Primeira Guerra; já nos países em desenvolvimento – dentre os quais se destaca o Brasil –, o previdencialismo foi o modelo hegemônico até a década de 70 e permaneceu vigente até a década de 80 do século passado.⁴

O terceiro modelo tem origem no momento em que se equiparam as posições de cidadãos e trabalhadores, estendendo-se os laços de regulação formal do sistema de saúde a toda a sociedade. Esse sistema, denominado universalista, adota como premissa a proteção de toda a população, sendo marcado pela universalização das

¹ MÉDICI, André. **A seguridade social e a saúde**. In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. A Previdência Social e a Revisão Constitucional. V. 2. Debates. Brasília: CEPAL, 1994, p. 219

² Ibidem, p. 219-220

³ Ibidem, p. 220

⁴ Ibidem

políticas sociais – antes direcionadas aos trabalhadores e suas famílias – e baseado no conceito de cidadania.⁵ No mesmo contexto histórico, surge o Estado Social ou Estado do bem-estar social⁶, cujo objetivo é a concretização da dignidade humana, bem como da igualdade e a promoção do efetivo bem-estar dos cidadãos. As primeiras manifestações constitucionais do Estado Social foram verificadas na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, com grande influência na elaboração das cartas magnas posteriores⁷.

Após breve análise dos sistemas de saúde adotados como modelos no âmbito internacional em diferentes períodos da história, inicia-se análise detalhada da história da saúde pública no Brasil a fim de ilustrar o desenvolvimento do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. Brasil Colônia (1500-1822)

Durante o período de colonização do Brasil, a expectativa de vida dos colonizadores portugueses, dos escravos trazidos da África e mesmo dos índios nativos era pequena em decorrência dos constantes confrontos por terras, da submissão dos imigrantes a condições de ambiente às quais não estavam acostumados e da exposição a novas doenças.

A guerra, o isolamento e as múltiplas e frequentes doenças ameaçavam o projeto português de colonização e exploração econômica das terras brasileiras.⁸ Diante da inexistência de ações sanitárias, o Conselho Ultramarino português – órgão responsável pela administração das colônias – criou os cargos de físico e de cirurgião, cujos titulares eram encarregados de cuidar da população sob domínio lusitano⁹. Todavia, por longos períodos esses cargos permaneceram sem ocupantes, pois eram raros os médicos que aceitavam transferência para a colônia, desestimulados pelos baixos salários e amedrontados pelos perigos e dificuldades que encontrariam¹⁰.

⁵ Ibidem

⁶ REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 16

⁷ Ibidem

⁸ BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.

⁹ Ibidem, p. 5-6

¹⁰ Ibidem, p. 6

Estima-se que em 1746, em toda a extensão do território correspondente aos atuais estados de São Paulo, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás, havia apenas seis médicos graduados em universidades europeias¹¹.

Os poucos médicos e cirurgiões que se instalaram no Brasil encontraram todo tipo de dificuldade para exercer a profissão. Bertolli Filho (2008) destaca que “além do imenso território e da pobreza da maior parte dos habitantes, que não podiam pagar uma consulta, o povo tinha medo de se submeter aos tratamentos”.¹² Em vez de recorrer aos médicos enviados por Portugal, formados na Europa, a população – provida ou não de recursos financeiros – preferia utilizar remédios recomendados por curandeiros negros ou indígenas, ou ainda por padres da Companhia de Jesus¹³.

Verifica-se que apesar do interesse de Portugal – ainda que econômico – na melhoria das condições sanitárias e de saúde da colônia, eram grandes as dificuldades em implantar ações de natureza sanitária, tanto pela vastidão do território, quanto pelo desinteresse dos médicos europeus em habitar a nova colônia e pela resistência da população.

1.3. Brasil Imperial (1822-1889)

As precárias condições de higiene e a quase inexistência de ações sanitárias favoreceram a disseminação de doenças como a cólera, a varíola e a febre amarela no território brasileiro.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, a administração pública colonial foi modificada¹⁴ com o objetivo de alcançar algum controle sanitário.

Assim, as ações sanitárias concentravam-se na cidade do Rio de Janeiro – sede provisória do império lusitano e principal porto do país – a fim de afastar da Coroa portuguesa a iminência de contágio pelas mencionadas doenças e de oferecer uma nova imagem da região aos europeus¹⁵.

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem

¹³ Ibidem, p. 6-7

¹⁴ Ibidem, p. 8

¹⁵ Ibidem

Para atender de forma constante e organizada às necessidades sanitárias, foram fundadas, em 1813 no Rio de Janeiro e em 1815 na Bahia, as academias médico-cirúrgicas, logo transformadas nas duas primeiras escolas de medicina do País¹⁶.

Em 1824, aproximadamente dois anos após a proclamação da independência, a primeira Constituição brasileira é outorgada, positivando a proteção da saúde, nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.¹⁷

Apesar da menção constitucional à proteção da saúde, eram realizadas nesse período apenas algumas ações de combate à lepra e à febre amarela, bem como pequeno controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas¹⁸.

Já em 1829, por ordem de Dom Pedro I, foi criada a Imperial Academia de Medicina, que funcionou como órgão consultivo do imperador para assuntos de saúde pública nacional, visto que reunia os principais clínicos que atuavam no Rio de Janeiro. Na mesma época, foi também criada a Junta de Higiene Pública, cujo objetivo era cuidar da saúde da população¹⁹.

Bertolli Filho (2008) conclui que “a fase imperial da história brasileira encerrou-se sem que o Estado solucionasse os graves problemas de saúde da coletividade”²⁰. No final do segundo reinado, o Brasil detinha a fama de ser um dos países mais insalubres do mundo, sendo os viajantes europeus comumente aconselhados a evitar visitas aos portos nacionais²¹.

1.4. República Velha (1889-1930)

¹⁶ Ibidem

¹⁷ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. *Revista da Procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p.89-114, dez. 2007.

¹⁹ BERTOLLI FILHO, op. cit. p. 8

²⁰ Ibidem, p. 10

²¹ Ibidem, p. 10-11

Somente a partir de 1870, com a adoção do modelo campanhista – caracterizado pelo uso corrente da autoridade e força policiais –, o Estado começa a agir de forma mais efetiva no campo da saúde²².

A primeira Constituição republicana foi promulgada em 1891, sem previsão alguma de proteção à saúde, nem mesmo a outros direitos de cunho social²³.

Durante a última década do século XIX, as principais cidades brasileiras e até mesmo a capital Rio de Janeiro permaneceram assaltadas pela varíola, pela febre amarela e pela cólera, bem como pela peste bubônica e febre tifoide, que vitimaram milhares de pessoas. De acordo com Bertolli Filho (2008), “a desorganização dos serviços de saúde nos primeiros anos da República, aliás, facilitou a ocorrência de novas ondas epidêmicas no país.”²⁴

A atuação do governo na área da saúde estava voltada ao amparo do desenvolvimento do modelo agroexportador. Exigia-se do sistema de saúde uma política de saneamento das áreas de circulação de mercadorias, bem como a erradicação ou ao menos o controle de doenças que poderiam prejudicar a exportação²⁵.

Na implantação de ações sanitárias visando ao saneamento e ao embelezamento da cidade do Rio de Janeiro, foi criado o serviço de limpeza pública, que derrubou cortiços e quiosques que marcavam a paisagem daquela cidade²⁶.

A agitação nas ruas ganhou ainda mais intensidade em outubro de 1904, quando a Lei 1.261/1904, que estabelecia a obrigatoriedade da vacinação contra a varíola a toda a população, foi aprovada pelo Congresso Nacional²⁷. Na mencionada lei, o governo “estabeleceu multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros.”²⁸

²² BARROSO, loc. cit.

²³ CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento. **A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira**. *Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 4, n. 2, p.01-22, jan. 2010. p. 7

²⁴ BERTOLLI FILHO, op. cit. p. 13

²⁵ BARBOSA, Anelisa Mota Sales. **A construção do direito à saúde no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

²⁶ CARVALHO, loc. cit.

²⁷ BERTOLLI FILHO, op. cit. p. 27

²⁸ BARROSO, loc. cit.

Eclode então no governo de Rodrigues Alves a Revolta da Vacina, caracterizada pela insatisfação do povo frente ao conjunto de medidas sanitárias impostas pelo Poder Público²⁹.

Barroso (2007) destaca que “apesar dos abusos cometidos, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro.”³⁰ Isso porque foram incorporados pela Diretoria Geral de Saúde Pública – organizada pelo médico sanitarista Oswaldo Cruz – como elementos das ações de saúde o registro demográfico, possibilitando conhecer a composição e os fatos vitais da população, a utilização do laboratório auxiliar de diagnóstico etiológico e a fabricação organizada de produtos profiláticos para uso em massa.³¹

Durante o período de predominância desse modelo, entretanto, não existiam ações públicas curativas, que ficavam reservadas à caridade e aos serviços privados³². Havia distinção entre as ações e serviços de saúde pública e de assistência médica. Os serviços de saúde pública eram prestados em centros de saúde e unidades ambulatoriais, realizando atividades como vigilância epidemiológica e vacinação. Também eram desenvolvidas algumas ações de assistência médica, como atendimento a pacientes com tuberculose e hanseníase – classificadas como graves problemas de saúde pública. Todavia, caso um cidadão fosse acometido por doença não considerada um problema de saúde pública, seu atendimento seria realizado apenas no setor privado. Os recursos advindos dos tributos financiavam as ações de saúde pública, oferecidas gratuitamente; já os serviços de assistência médica eram prestados apenas àqueles que detinham condição financeira para custeá-los³³.

Em 1923 houve uma reforma nas ações de saúde pública promovida pelo Decreto-lei nº 4.682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves³⁴. A lei em questão criou a primeira Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP), destinada aos ferroviários³⁵.

²⁹ Ibidem

³⁰ Ibidem

³¹ Ibidem

³² Ibidem

³³ BARBOSA, loc. cit.

³⁴ Ibidem.

³⁵ COHN, Amélia et al. **A saúde como direito e como serviço**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 14

As CAPs eram entidades públicas com finalidade assistencial e possuíam autonomia em relação ao Estado, pois organizadas por empresas e geridas por representação direta de empregadores e empregados, sendo seus recursos provenientes de contribuição compulsória dos empregados, empregadores e da União. Esses fundos eram vinculados a categorias profissionais e ofereciam assistência médica aos beneficiários e aos seus familiares³⁶ e o Estado, apesar de financiar em parte essa modalidade de seguro social, não participava diretamente de seu gerenciamento³⁷.

Esse modelo de seguridade social – pelo qual cabia ao Estado as medidas de caráter coletivo da saúde pública, com enfoque preventivo, enquanto as CAPs passam a prestar serviços de atenção médica individual destinados às classes assalariadas urbanas – multiplicou-se nos anos seguintes³⁸. O enfoque estatal era preventivo, enquanto a assistência médica, com enfoque curativo, pertencia à esfera privada.

A saúde não se constituía como um direito do cidadão, nem mesmo como dever do Estado, mas sim como um serviço ao qual se tinha acesso por meio de um contrato compulsório a partir da inserção no mercado de trabalho formal.³⁹ Aos cidadãos não inseridos no mercado de trabalho, restava a assistência médica prestada pelas entidades filantrópicas⁴⁰.

1.5. Era Vargas (1930-1945)

A estruturação básica do sistema público de saúde ocorre somente a partir da década de 30⁴¹. Fruto do conjunto de reformas realizadas por Vargas, a área da saúde, em outubro de 1930, passou a compartilhar um ministério com o setor educacional.

O Ministério da Educação e da Saúde Pública determinou ampla remodelação dos serviços sanitários do país⁴². A saúde pública recebe contornos de institucionalização e as políticas sociais começar a receber atenção do Estado – não em

³⁶ BARBOSA, loc. cit.

³⁷ Ibidem, p. 15

³⁸ COHN, loc. cit.

³⁹ Ibidem

⁴⁰ REISSINGER, op. cit., p.19

⁴¹ BARROSO, loc. cit.

⁴² BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 30

decorrência de conscientização estatal acerca da difícil condição das comunidades mais pobres, mas sim para mascarar o autoritarismo do governo da época⁴³.

Criam-se então os Institutos de Aposentadoria e Pensões, que ainda conviviam com as Caixas de Aposentadoria e Pensão, remanescentes em diversas empresas. Os IAPs – autarquias geridas pelo Estado com recursos financeiros de origem tripartite – institucionalizam o seguro social, fragmentando as classes assalariadas urbanas de acordo com a inserção nos diversos setores da atividade econômica.⁴⁴

Os institutos de previdência ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, possuindo alguns deles até mesmo hospitais próprios⁴⁵. Esses órgãos garantiam, sob a tutela do Estado, assistência médica à grande parcela da população urbana.⁴⁶ A saúde pública, no entanto, permanecia não universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar apenas os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.⁴⁷

Na Constituição de 1934, o direito à saúde foi positivado no título que tratava da ordem econômica e social, estando a assistência médica e sanitária vinculada à legislação do trabalho, nos seguintes termos:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.⁴⁸

A supramencionada Carta Magna atribuiu competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas (art. 10, II). Consoante previsão do artigo 138, alíneas “f” e “g”, incumbia à União, aos estados e aos municípios a adoção de medidas legislativas e administrativas voltadas à restrição da

⁴³ CARVALHO, op. cit., p. 08

⁴⁴ COHN, op. cit., p. 15-16

⁴⁵ BARROSO, loc. cit.

⁴⁶ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 33

⁴⁷ BARROSO, loc. cit.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

mortalidade e morbidade infantis, bem como à higiene social – com a finalidade de impedir a propagação de doenças transmissíveis – e à higiene mental.

Também a Constituição de 1937, marco inicial do Estado Novo⁴⁹, vinculou a assistência médica e sanitária à legislação do trabalho:

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;⁵⁰

Diferentemente da norma constitucional anterior, a Constituição de 1937 atribuiu competência privativa à União para legislar sobre normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (art. 16, XXVII). Já aos Estados atribuiu competência para legislar, independente de autorização, sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais em caso de inexistência de lei federal, para suprir-lhe falhas ou ainda atender a peculiaridades locais (art. 18, alínea “c”).

Nesse contexto histórico, destaca-se a reforma sanitária de 1941 organizada pelo médico João de Barros Barreto, que verticalizou as campanhas de combate a doenças específicas e às grandes endemias.⁵¹ Foram então instituídos órgãos normativos e supletivos destinados a orientar a assistência sanitária e hospitalar, além de órgãos executivos de ação direta contra as endemias mais graves (febre amarela, peste bubônica e malária), sendo as atividades executivas e normativas descentralizadas em oito regiões no País. Ainda como reflexos dessa reforma, foram desenvolvidos programas de abastecimento de água e de construção de redes de esgoto e criados serviços especializados para tratar de doenças degenerativas e mentais⁵².

1.6. Democratização da República (1945-1964)

Grandes manifestações populares contra a ditadura resultaram, em outubro de 1945, na deposição de Vargas, inaugurando a fase conhecida como período de

⁴⁹ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mariam. **O direito à saúde na ordem constitucional brasileira**. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 14, n. 2, p.71-100, dez. 2013. p. 76

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

⁵¹ HOCHMAN, Gilberto. **Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930-1945)**. *Educar em Revista*, Curitiba, v. 1, n. 25, p.127-141, jun. 2005. p. 131

⁵² BARROSO, loc. cit.

redemocratização, marcado pela liberdade de atuação da imprensa e pelas eleições diretas para os principais cargos políticos.⁵³

O acelerado processo de industrialização e a migração da população do interior do País para os centros urbanos fizeram com que a demanda por assistência médica aumentasse exponencialmente. De acordo com Bertolli Filho (2008), “em 1945 existiam cerca de dois milhões de pessoas vinculadas aos institutos previdenciários.”⁵⁴

O modelo campanhista não atendia às necessidades da economia industrializada. Não bastava sanear o espaço de circulação de mercadorias; era necessário garantir a capacidade produtiva do trabalhador.⁵⁵

A Constituição de 1946 – democrática e de inspiração liberal⁵⁶ – determinou a organização da ordem econômica conforme os princípios da justiça social e harmonizou a liberdade de iniciativa à valorização do trabalho. Assim como nas duas cartas magnas anteriores, a assistência médica preventiva, a assistência sanitária e a previdência estavam vinculadas à legislação do trabalho, tendo sido adotadas como preceitos para aprimorar a condição social do trabalhador:

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;⁵⁷

A referida norma constitucional manteve a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde e atribuiu competência legislativa ao ente federal em matéria de seguro e previdência social (art. 5º, XV, alínea “b”).

Em julho de 1953, já no segundo período presidencial de Getúlio Vargas, o Ministério da Saúde foi criado pela Lei nº 1.920/1953. Tratou-se, em verdade, de mero desmembramento do Ministério da Educação e Saúde.

⁵³ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 39

⁵⁴ Ibidem, p. 43.

⁵⁵ BARBOSA, loc. cit.

⁵⁶ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 39

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

No entanto, a nova pasta recebeu verbas irrisórias no decorrer da década de 50, confirmando o descaso das autoridades para com a saúde do povo⁵⁸. O ministério ainda contava com uma estrutura burocrática ineficiente, impedindo-o de atingir sua finalidade de aplicar uma política de saúde eficaz⁵⁹.

As áreas rurais estavam sob a responsabilidade quase exclusiva do Ministério da Saúde. Já as regiões industriais e densamente povoadas eram atendidas principalmente pelas clínicas e hospitais próprios dos IAPs ou a eles conveniados.⁶⁰

Nesse contexto histórico, o ‘clientelismo’ destaca-se como obstáculo à eficiência da saúde pública. Nas palavras de Bertolli Filho (2008):

Além das dificuldades técnicas e operacionais do Ministério da Saúde, outro fenômeno que interferia na política oficial de saúde era o clientelismo: os partidos ou líderes políticos trocavam ambulâncias, leitos hospitalares, profissionais da saúde e vacinas – muitas vezes em números bem superiores à demanda de uma região – por votos e apoio nas épocas eleitorais. Ao mesmo tempo, outras áreas permaneciam totalmente sem assistência médico-sanitária. Com esse tipo de interferência política, importantes projetos de saneamento eram interrompidos, além de ser constante a substituição dos ministros da Saúde.⁶¹

O auge do modelo econômico desenvolvimentista, na segunda metade da década de 50, marca o início de um processo acelerado de dicotomia entre serviços públicos e privados de saúde, bem como de dicotomias entre atenção médica curativa, de caráter individual, e medidas preventivas, de caráter coletivo⁶².

A Lei nº 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) estabeleceu como finalidade da previdência social a prestação de serviços que visassem à proteção da saúde e concorressem para o bem-estar de seus beneficiários, incluindo a assistência médica, ambulatorial e hospitalar. À Previdência incumbia a prestação de assistência médico-hospitalar aos trabalhadores à custa da queda na qualidade dos serviços. Longas filas de enfermos nas portas dos hospitais tornaram-se comuns, bem como a dificuldade de obter internamento imediato para pacientes em estado grave.⁶³

⁵⁸ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 40

⁵⁹ CARVALHO, op. cit., p. 10

⁶⁰ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 42

⁶¹ Ibidem, p. 41-42

⁶² COHN, op. cit., p. 16

⁶³ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 43.

No final da década de 1950, a expectativa de vida de um brasileiro habitante de um centro urbano era semelhante à da população da Suécia em meados do século XIX, período anterior ao desenvolvimento das práticas de prevenção e combate às infecções; já a expectativa de vida de um brasileiro habitante do sertão nordestino era semelhante à da população europeia durante o momento mais crítico da Idade Média.⁶⁴

Na III Conferência Nacional da Saúde, convocada pelo Decreto n° 52.301/1963, chegou-se à conclusão de que era indispensável buscar nova estrutura para a organização da saúde pública nacional, tendo sido a municipalização sugerida como caminho à reestruturação.

1.7. Regime Militar (1964-1985)

No ano de 1964 é instaurada a ditadura militar no País. Apesar do discurso oficial do governo de que a saúde seria fator de desenvolvimento, produtividade e investimento econômico, o Ministério da Saúde privilegiava a saúde como elemento individual, não como fenômeno coletivo.⁶⁵

Os serviços previdenciários de saúde, acompanhando as profundas transformações da sociedade brasileira, passam a ser progressivamente pressionados pela demanda de trabalhadores assalariados urbanos sem serviços médicos alternativos.⁶⁶ Já na segunda metade da década de 60, cerca de oito milhões de pessoas – sem contabilizar seus dependentes – estavam vinculados aos IAPs.⁶⁷

O Decreto-lei n° 72/1966 unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), criando o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – órgão da administração indireta da União de natureza autárquica (art. 2°) e integrante da estrutura do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (art. 6°). Todo trabalhador com carteira assinada estava vinculado ao INPS, independentemente de sua categoria profissional. A regular inscrição no mercado de trabalho formal fazia do trabalhador um contribuinte e dele e de seus dependentes, beneficiários do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.⁶⁸

⁶⁴ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 42

⁶⁵ Ibidem, p. 52

⁶⁶ COHN, loc. cit.

⁶⁷ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 43

⁶⁸ BARROSO, op. cit., p. 98

Bertolli Filho (2008) destaca que um sistema dual de saúde foi organizado na esfera pública: “o INPS deveria tratar dos doentes individualmente, enquanto o Ministério da Saúde deveria, pelo menos em teoria, elaborar e executar programas sanitários e assistir a população durante as epidemias.”.⁶⁹

A Constituição de 1967 previu o direito à assistência médica com texto semelhante ao da norma constitucional anterior, também o vinculando aos trabalhadores, com o objetivo de melhorar sua condição social:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.⁷⁰

A referida norma constitucional atribuiu competência à União para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde (art. 8º, XIV), bem como para legislar sobre normas gerais de seguro, previdência social e de defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, alínea “c”).

Com a implantação da reforma administrativa realizada pelo Decreto-lei nº 200/1967, ao Ministério da Saúde foi atribuída a responsabilidade de formular e coordenar a Política Nacional de Saúde. Nesse sentido, o Plano Básico da Previdência Social, destinado aos trabalhadores rurais, foi instituído por meio do Decreto nº 564/1969 e dava início à ideia de universalização do sistema de saúde.⁷¹

O Ministério da Saúde ainda retomou o compromisso de realizar programas de saúde e saneamento no II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975), tendo a Lei nº 6.229/1975 criado o Sistema Nacional de Saúde, projeto que tinha a finalidade de tornar mais eficazes as ações de saúde em todo o País.⁷²

Na década de 70, havia nítida separação entre ações e serviços de saúde pública e ações e serviços assistenciais. Somente eram consideradas direito de todos as ações de saúde pública, disponíveis a todos os cidadãos; os serviços de assistência

⁶⁹ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 54

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

⁷¹ REISSINGER, op. cit., 21.

⁷² BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 56

médica, por sua vez, só eram acessíveis àqueles que tinham condições financeiras de custeá-los na rede médica privada ou àqueles que eram beneficiários da Previdência Social.⁷³

A fim superar os obstáculos enfrentados pelo INPS, a Lei nº 6.439/1977 criou o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), ao qual vinculou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) – autarquias criadas pela referida lei – permanecendo o INPS responsável apenas por aposentadorias e pensões, porém desvinculado do Ministério do Trabalho.

Ao Ministério da Previdência e Assistência Social cabia a tarefa de cuidar dos trabalhadores, enquanto o Ministério da Saúde estava responsável pela população de baixa renda não inserida no mercado de trabalho formal.

Contudo, grande contingente da população brasileira permanecia sem acesso à saúde por não integrar o mercado de trabalho formal, dependendo da caridade pública quando necessitava de assistência médica.⁷⁴

A situação de abandono na qual se encontrava a saúde pública não foi significativamente alterada, fato demonstrado pelo aumento de enfermidades como meningite, dengue e malária. Mesmo diante de um significativo aumento na expectativa de vida da população e da diminuição da mortalidade infantil, o Brasil estava entre os países mais enfermos da América Latina.⁷⁵ O modelo previdencialista, por ter priorizado a medicina curativa, com constante aumento de custos e centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente, não teve capacidade para solucionar os principais problemas de saúde coletiva como endemias e epidemias⁷⁶.

1.8. A 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986)

No início da década de 80, o modelo médico assistencial previdencialista – hegemônico no País – demandava altos investimentos e enfrentava desvios de verbas

⁷³ BARBOSA, loc. cit.

⁷⁴ BARROSO, loc. cit.

⁷⁵ BERTOLLI FILHO, op. cit., p. 52, 56

⁷⁶ BARROSO, loc. cit.

para outros projetos do governo, além de fraudes no sistema de pagamento e faturamento da previdência.⁷⁷

A fim de controlar a crise financeira da previdência social, foi instituído o Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária (CONASP) por meio do Decreto nº 86.329/1981. O conselho em questão tinha como finalidade sugerir critérios de alocação de recursos, recomendar a adoção de políticas e propor medidas após análise e avaliação da operação e do controle do sistema de assistência médica (art. 3º, II, III e IV).

O CONASP teve nas Ações Integradas de Saúde (AIS) – implantadas em 1983 – um de seus pilares, visto que era um programa de atenção médica às áreas urbanas e representava uma cogestão entre o INAMPS e as Secretarias Estaduais de Saúde.⁷⁸ Na medida em que mais municípios aderiam às ações integradas, crescia a cobertura de serviços de saúde no País, pois mais cidadãos tinham acesso aos serviços de saúde independentemente de contribuição ou da possibilidade de custeá-los.⁷⁹

Diante do cenário de ineficiência do modelo previdencialista de sistema de saúde, estava evidente que para continuar a expandir o acesso à saúde seria necessário abolir a divisão entre ações de saúde pública e de assistência médica⁸⁰. Um amplo fórum de debates sobre o planejamento de nova configuração para o sistema foi promovido por aqueles que defendiam a reforma sanitária – a 8ª Conferência Nacional de Saúde.

A conferência foi um marco na história da saúde pública no Brasil, visto que densos debates sobre o tema foram realizados na busca de conceituar e desenvolver o direito à saúde.

O ciclo de debates foi realizado visando à reforma sanitária, já que as modificações necessárias ao setor da saúde transcendiam aos limites de uma mera

⁷⁷ BARBOSA, loc. cit.

⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Legislação Estruturante do SUS**. 1. ed. Brasília, 2011. p. 15

⁷⁹ BARBOSA, loc. cit.

⁸⁰ Ibidem

reforma administrativa. Era necessário reformular profundamente o sistema, com ampliação do conceito de saúde e de sua correspondente ação institucional.⁸¹

O relatório final da conferência conceituou *saúde* como resultado de diversas condições, tais quais alimentação, educação, renda, habitação, meio-ambiente, trabalho, lazer e acesso a serviços de saúde. Direito à saúde, de acordo com o referido relatório, é a garantia estatal de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.⁸²

O relatório final ainda concluiu que a reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deveria resultar na criação de um Sistema Único de Saúde, que efetivamente representasse a construção de uma nova estrutura institucional, com total separação entre saúde e previdência, por meio da reforma sanitária. O documento estabeleceu ainda que no âmbito nacional, o novo sistema deveria ser coordenado por um único ministério, especialmente concebido para essa finalidade, devendo a unicidade de comando ser reproduzida também nos níveis estadual e municipal.⁸³

Mostrava-se necessário consolidar políticas públicas eficientes, integradas às demais políticas econômicas e sociais, e assegurar os meios que permitissem efetivá-las, não bastando para a materialização do direito à saúde sua formalização nas diretrizes do relatório da conferência. O próprio relatório considerou imprescindível a garantia de uma Assembleia Constituinte livre, democrática e soberana para assegurar a toda a população brasileira o acesso ao direito à saúde.⁸⁴

A conferência, realizada em 1986, levou à criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) por meio do Decreto nº 94.657/1987, como um aprofundamento das AIS. O novo sistema determinou que as secretarias estaduais de saúde assumissem todas as funções do INAMPS, a fim de que a política de saúde de cada estado tivesse um comando único.⁸⁵

⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório final da VIII conferência nacional de saúde**. Brasília, 1986. p. 2

⁸² Ibidem, p. 4

⁸³ Ibidem, p. 10

⁸⁴ Ibidem, p. 4, 7

⁸⁵ PIMENTA, Aparecida Linhares. **O SUS e a municipalização à luz da experiência concreta. Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 2, n. 1, p.25-40, 1993. p. 31-32

As diretrizes apresentadas pelo relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde foram tomadas como base para a elaboração da Constituição Federal de 1988 no que tange ao direito à saúde, que passou a ter tratamento diferenciado, como será analisado no tópico seguinte.

1.9. Sistema normativo a partir da Constituição de 1988

Com a redemocratização da República, o debate sobre a universalização dos serviços públicos de saúde foi intensificado. Instaurada a Assembleia Constituinte, o movimento sanitaria deparou-se com a possibilidade de positivar as mudanças almejadas na área da saúde. Nesse contexto, o direito sanitário firma-se como ramo do direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados referentes à saúde, cujos objetivos são a redução de riscos de doenças e outras ofensas à saúde, bem como o estabelecimento de condições aptas a assegurar o acesso igualitário e universal a ações e serviços de proteção, promoção e recuperação da saúde.⁸⁶

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido por políticas econômicas e sociais que tenham por finalidade dar acesso igualitário e universal aos serviços e ações de proteção, promoção e recuperação da saúde, nos termos do artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁸⁷

Assim, o legislador constituinte desvinculou a saúde da previdência social, passando ambas a integrar a seguridade social, em conjunto com a assistência social (art. 194).

Desta forma, a prestação do serviço público de saúde deixa de estar restrita aos trabalhadores inseridos no mercado de trabalho formal. Todos os cidadãos passam a ser titulares do direito à saúde, independentemente de vínculo empregatício.⁸⁸ Isso porque, diferentemente das quatro Constituições anteriores, o direito à saúde é positivado como direito fundamental, inserido no capítulo dos direitos sociais, consoante previsão do artigo 6º:

⁸⁶ CARVALHO, op. cit., p. 09

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

⁸⁸ BARROSO, loc. cit.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A norma constitucional destaca-se e individualiza-se no cenário do constitucionalismo em âmbito internacional, pois positiva o direito à saúde e o sistema incumbido de garanti-lo, demonstrando compromisso com o Estado de bem-estar social.⁸⁹ Prevê o artigo 198 da Constituição Federal de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Quanto à repartição de competências, a Constituição Federal atribuiu competência concorrente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios – estes últimos somente em assuntos de interesse local – para legislar sobre proteção e defesa da saúde, consoante previsão do artigo 24, XII e do artigo 30, I e II:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

A competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º), enquanto aos Estados cabe suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º). Já aos municípios, nos termos do dispositivo supracitado, cabe legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual.

Sendo assim, os entes federativos devem cooperar entre si a fim de manter o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único), visto que todas as esferas do governo têm competência na matéria.

Diante das diretrizes apontadas pelos artigos supracitados, bem como da relevância pública atribuída às ações e serviços de saúde (art. 197), foi conferida ao

⁸⁹ BARROSO, loc. cit.

legislador infraconstitucional a tarefa de concretizar e materializar os direitos positivados na Carta Magna em análise.

Por meio da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990 – foi instituído o Sistema Único de Saúde, formado pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta, bem como das fundações mantidas pelo Poder Público (art. 4º). Já a participação da comunidade na gestão do sistema, bem como as regras de transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, foram reguladas pela Lei nº 8.142/1990.

Em 1990, o INAMPS foi transferido para a estrutura do Ministério da Saúde por meio do Decreto nº 99.060/1990. Todavia, em julho de 1993, o mencionado instituto foi oficialmente extinto pela Lei nº 8.689/1993, visto que a Lei Orgânica da Saúde fundou o Sistema Único de Saúde, que absorveu as funções, competências, atividades e atribuições da extinta autarquia federal.

A Lei Orgânica da Saúde segue o conceito de saúde adotado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946 e posteriormente apontado pela 8ª Conferência Nacional de Saúde ao prever que a saúde é resultante das condições de alimentação, moradia, meio ambiente, saneamento básico, trabalho, educação, renda, transporte, atividade física e acesso aos bens e serviços essenciais (art. 3º).

A supracitada lei, ao estruturar o SUS e fixar suas atribuições, estabeleceu os princípios que devem guiar o desenvolvimento do sistema. Dentre eles, destacam-se: a universalidade (art. 7º, I); a igualdade da assistência à saúde (art. 7º, IV); a descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo e ênfase na municipalização, assim como a regionalização e a hierarquização da rede de serviços de saúde (art. 7º, IX, alíneas “a” e “b”); e por fim, a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (art. 7º, II).⁹⁰

O artigo 198, II da Constituição Federal de 1988 estabelece o *atendimento integral* como uma das diretrizes do sistema público de saúde. Prevista a execução de

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Brasília

ações de assistência terapêutica integral como uma das áreas de atuação do SUS pelo artigo 6º, I, alínea “d” da Lei nº 8.080/90, coube à Lei nº 12.401/2011 disciplinar a integralidade de assistência terapêutica, inclusive farmacêutica. Assim, determinou-se que a integralidade terapêutica integral consiste em dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde a ser tratado (art. 19-M, I), assim como na oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional (art. 19-M, II).

A ênfase à municipalização fica evidente em leitura ao artigo 36 da Lei nº 8.080/90, figurando o Município como ente federativo mais próximo aos cidadãos na área da saúde⁹¹, já que o processo de planejamento e orçamento do SUS deverá partir do nível local até o nível federal.

No âmbito da União, a direção do SUS é exercida pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; já no âmbito dos municípios, pela Secretaria de Saúde local ou órgão correspondente (art. 9º da Lei Orgânica da Saúde). As competências de cada esfera estão previstas nos artigos 16 a 19 da referida lei, dos quais se extrai que a União, os Estados e o Distrito Federal devem executar diretamente políticas sanitárias apenas para suprir omissões municipais, de modo supletivo, como decorrência da descentralização aos Municípios.⁹²

A Lei nº 8.080/90 disciplina ainda a participação dos entes federativos no financiamento do SUS. Barroso (2007) destaca que “o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente”.⁹³

Dentre as principais atribuições do SUS encontra-se a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde, bem como a participação na sua produção (art. 6º, VI).

A competência, no que se refere à distribuição de medicamentos, não está explicitada na norma constitucional, nem sequer em lei infraconstitucional. Os critérios

⁹¹ REISSINGER, op. cit., p. 24

⁹² BARROSO, op. cit., p. 100

⁹³ Ibidem

para a repartição de competência quanto à matéria são definidos em diversos atos administrativos, de todas as esferas do governo.⁹⁴ O principal deles é a Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que aprova a Política Nacional de Medicamentos. O item nº 5 da referida portaria, que prevê as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS, define como propósito da Política de Medicamentos a garantia da necessária segurança, qualidade e eficácia dos medicamentos, bem com a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde definiu as diretrizes do sistema de distribuição de medicamentos, cabendo às portarias seguintes estabelecer regras para concretizá-las. Consoante previsão da portaria matriz, ao gestor federal cabe a formulação da Política Nacional de Medicamentos, bem como a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME); aos gestores estaduais e municipais também cabe a elaboração de suas respectivas listas de medicamentos essenciais – com base na RENAME – e a execução de assistência farmacêutica.

De acordo com a definição apresentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), medicamentos essenciais são aqueles que “satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade”.⁹⁵ A mencionada Portaria acrescenta que os medicamentos essenciais são aqueles “considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população” (item 7, nº 33).⁹⁶

Os medicamentos essenciais devem ser selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança, bem como de estudos comparativos de custo e efetividade. Assim, os diferentes entes federativos elaboram, em colaboração, listas de medicamentos que devem ser adquiridos e fornecidos à população por intermédio do SUS.⁹⁷

Já os medicamentos de dispensação em caráter excepcional são aqueles que apresentam alto custo, em virtude da necessidade de utilização por período prolongado ou de seu valor unitário, destinados ao tratamento de patologias específicas que atingem

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Textos básicos de saúde: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME**. 6. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. p. 8

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/1998**. Brasília.

⁹⁷ BARROSO, op. cit., p. 100-101

número limitado de pacientes. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, hepatite viral crônica B e C, epilepsia, esclerose múltipla, esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e doença de Gaucher.⁹⁸

O Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional foi regulamentado pela Portaria nº 2.577/2007 do Ministério da Saúde, que definiu a lista de medicamentos integrantes do programa, as doenças para as quais a prescrição é autorizada, bem como as normas de acesso ao programa.

O programa supracitado teve sua definição e denominação modificadas por meio da Portaria nº 2.981/2009, passando a qualificar-se como Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Atualmente, as regras de financiamento e de execução do mencionado componente estão previstas na Portaria nº 1.554/2013 do Ministério da Saúde. A portaria em questão definiu o componente como estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da integralidade de tratamento medicamentoso na assistência ambulatorial cujas linhas de cuidado foram definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde (art. 2º). A portaria em análise estabeleceu ainda que o acesso aos medicamentos integrantes das linhas de cuidado para as doenças contempladas no Componente Especializado será garantido mediante acordo entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 2º, parágrafo único), estando seu financiamento diretamente relacionado ao grupo em que os medicamentos estão alocados (art. 66).

Apresentado o quadro normativo do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, após ampla exposição da história da saúde pública no Brasil, mostra-se necessário partir à análise da aplicação das normas estudadas pelo Poder Judiciário nas demandas cujo pedido principal visa à determinação ao Poder Público que forneça determinado medicamento ou que realize algum procedimento médico específico.

⁹⁸ Ibidem, p. 101

2. O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apresentado o quadro normativo que regula o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário passar à análise de decisões sobre a matéria a fim de visualizar o acesso à saúde sob a ótica da jurisprudência. Isso porque tem se constatado crescente debate jurídico sobre a possibilidade – e seus critérios – de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de prestações em matéria de saúde.

Diante do vasto número e da pluralidade de conteúdo das decisões judiciais proferidas sobre o fornecimento de tratamentos e medicamentos em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, bem como da complexidade do assunto por envolver direito fundamental protegido pela norma constitucional, o presente estudo tomou como objeto de análise as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A denominada *judicialização da saúde* ganhou relevância prática e teórica a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o direito à saúde foi positivado como direito social, sendo dever do Estado garanti-lo a todos mediante políticas sociais e econômicas. O debate sobre o tema envolve, além dos operadores do direito, profissionais da área da saúde, gestores públicos e a sociedade civil como um todo, tamanha a sua complexidade e importância⁹⁹.

Na presidência da Corte constitucional brasileira há diversos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), de Suspensão de Liminar (SL) e de Suspensão de Segurança (SS) visando à suspensão da execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública a fornecer distintas prestações na área da saúde, dentre as quais se destacam: o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, a criação de vagas em leitos hospitalares, a realização de exames e cirurgias, bem como de tratamentos fora do domicílio do paciente – até mesmo no exterior.¹⁰⁰

Enquanto para uns a atuação do Poder Judiciário mostra-se imprescindível para o efetivo exercício da cidadania frente à relevância da concretização do direito à saúde, para outros as decisões judiciais proferidas nas demandas que buscam acesso à

⁹⁹ BRASIL. STF. Agravo regimental na suspensão de liminar nº 47. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

¹⁰⁰ Ibidem

determinada prestação de saúde constituem-se como “forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas”, mesmo que estejam em contrastante com a política elaborada e estabelecida pelo governo para a área da saúde e além do orçamento previsto.¹⁰¹

Este cenário deu origem a variados estudos acerca do alcance do direito fundamental à saúde, bem como de sua repercussão no orçamento público dos entes federativos e na administração judiciária.

Em virtude da previsão constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), “coube ao Poder Judiciário criar balizas para a solução dos difíceis casos concretos envolvidos nas demandas que discutem o direito à saúde”.¹⁰²

Teses acadêmicas e jurídicas buscam definir “se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”.¹⁰³ Para tanto, passa-se à análise da jurisprudência sobre a matéria, classificada por Balestra Neto (2015) – em estudo sobre o desenvolvimento da jurisprudência nos Tribunais Superiores quanto ao direito à saúde¹⁰⁴ – em três fases, distintas pelos critérios material e cronológico.

2.1. As três fases da jurisprudência

Seja pela novidade da positivação do direito à saúde como direito social fundamental, seja por sua complexidade técnica – decorrente da aplicação do direito à saúde a casos que envolvem situações existenciais complexas, ligadas às ciências da saúde – a *judicialização da saúde* tem ganhado enfoque, recebendo especial atenção dos Tribunais Superiores. O referido fenômeno também suscita debates sobre a separação dos poderes, visto que analisa a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, sendo o Poder Público responsável pela execução das determinações judiciais.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² BALESTRA NETO, Otávio. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade.** *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, p.87-111, jul. 2015. p. 94

¹⁰³ BRASIL. STF. Suspensão de tutela antecipada nº 278. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

¹⁰⁴ BALESTRA NETO, op.cit.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 89

A análise a seguir exposta baseia-se na leitura de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recursos Extraordinários (RE), Agravos Regimentais em Recursos Extraordinários (AgR), Suspensões de Liminares (SL) e Suspensões de Tutela Antecipada (STA).

A *judicialização da saúde*, como mencionado no início deste capítulo, é fenômeno recente, cujo início se deu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que se positivou o direito à saúde como direito fundamental social.

2.1.1. Primeira fase

As primeiras ações que versavam sobre o direito à saúde como direito social fundamental chegaram aos Tribunais Superiores na metade da década de 1990, cujos pedidos referiam-se essencialmente ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.¹⁰⁶

Nesta primeira fase, inaugurada por precedente do Superior Tribunal de Justiça que analisou diretamente um pleito de fornecimento de medicamentos pelo SUS – datado de 1996 –, verifica-se a prevalência das teses da Fazenda Pública.¹⁰⁷ Os então ministros da referida Corte seguiam o entendimento de que o direito à saúde não é direito subjetivo, pois previsto por norma programática, não cabendo aos seus beneficiários o poder de exigir sua satisfação pela via judicial, consoante ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECIVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PROPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMATICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIARIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETARLAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICACIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICACIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDENCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-

¹⁰⁶ Ibidem, p. 90

¹⁰⁷ Ibidem, p. 94-95

CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TEM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, OPOSTO AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTARIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.¹⁰⁸

O ministro relator proferiu voto seguindo o entendimento de que as normas garantidoras do direito e acesso à saúde previstas pela Constituição Federal têm natureza programática, com eficácia limitada, necessitando de regulamentação pelo legislador ordinário para alcançar sua eficácia plena. Assim, não haveria direito líquido e certo a ser tutelado. O referido ministro destacou ainda a impossibilidade de realização de despesa sem a devida autorização orçamentária.

Mesmo diante da imprescindibilidade da prestação material requerida na demanda, a Primeira Turma do STJ, por unanimidade de votos, negou provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) impetrado por menor impúbere – cujo objetivo era a consecução de numerário suficiente para a importação de aparelho de marca-passo dos Estados Unidos – pelos fundamentos supramencionados.

Nesta etapa, o entendimento jurisprudencial majoritário compreendia a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde.¹⁰⁹

2.1.2. Segunda fase

A segunda fase da jurisprudência tem início no ano de 2000. Os Tribunais Superiores passaram a ressaltar a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade humana para conceder pleitos referentes a prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias.¹¹⁰

¹⁰⁸ BRASIL. STJ. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 6564. Primeira Turma. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 mai. 1996. DJ 17.06.1996.

¹⁰⁹ BALESTRA NETO, loc. cit.

¹¹⁰ Ibidem

Nesta etapa, ganha relevância entre os ministros o debate sobre o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sem profundas considerações sobre as especificidades dos pedidos formulados na demanda.¹¹¹

Nesse contexto, ocorre uma virada no entendimento jurisprudencial predominante, que superou as diversas teses de defesa da Fazenda Pública para possibilitar o acesso dos usuários do SUS às prestações de saúde requeridas com base no entendimento de que o direito à saúde é materialmente fundamental, vinculado ao princípio da dignidade humana.¹¹²

Como exemplos característicos dessa etapa figuram o julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627/RS, da Medida Cautelar na Petição nº 1.246/SC e do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS.

2.1.2.1. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS

No julgamento do Recurso Extraordinário em questão¹¹³, apesar de não fazer menção ao mínimo existencial e à reserva do possível em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio afirma que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.”

Por unanimidade de votos, a segunda turma da Corte constitucional não conheceu o Recurso Extraordinário interposto pelo estado do Rio Grande do Sul.

2.1.2.2. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627/RS

A segunda turma do colendo STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627/RS¹¹⁴, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental interposto pelo Município de Porto Alegre.

¹¹¹ Ibidem

¹¹² Ibidem, p. 97

¹¹³ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 195192. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 fev. 2000. DJ 31 mar. 2000.

¹¹⁴ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 255627. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 21 nov. 2000. DJ 23 fev. 2001.

O voto proferido pelo ministro relator Nelson Jobim aponta que no caso em análise, o município recorrente surge com responsabilidade decorrente de convênios celebrados na implementação do Sistema Único de Saúde, não se configurando a falta de regulamentação municipal para o custeio de prestação de saúde como impedimento à caracterização da responsabilidade do ente federativo.

A responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de acordo com o ministro relator, deve-se à necessidade de construção de “um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos”¹¹⁵.

2.1.2.3. Medida Cautelar na Petição nº 1.246/SC

O estado de Santa Catarina, em ação cautelar proposta por menor impúbere – acometido da rara patologia conhecida como Distrofia Muscular de Duchene – foi condenado a disponibilizar a quantia de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais) ao autor para realização de tratamento experimental realizado exclusivamente nos Estados Unidos.

Em decisão sobre o pedido de suspensão de liminar em ação cautelar formulado pelo Estado – Pet. nº 1.246¹¹⁶ –, o então ministro vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício da presidência, indeferiu o pedido formulado pela Procuradoria-Geral estadual.

Na referida decisão, o ministro Celso de Mello enfatizou que o tratamento pleiteado constituía-se o único meio capaz de salvar a vida do paciente.

No entendimento do ministro, a imprescindibilidade da medida cautelar concedida em primeiro grau, a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, associadas a um imperativo de solidariedade humana, são fatores que desautorizavam o deferimento do pedido formulado pelo estado de Santa Catarina. Extraí-se da decisão em análise:

O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria [...] que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ BRASIL. STF. Medida cautelar na petição nº 1246. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 31 jan. 1997. DJ 13 fev. 1997.

assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.¹¹⁷

Verifica-se que o então ministro vice-presidente no exercício da presidência entendeu ser aplicável ao caso a ponderação entre a proteção à inviolabilidade do direito à vida – prerrogativa fundamental – e um interesse financeiro – e secundário – do Poder Público. Por razões de ordem ético-jurídica, o referido ministro decidiu que a prevalência do respeito à vida era a única opção possível.

No entendimento do ministro, a concessão do tratamento no caso em análise configura-se “um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo da morte inevitável.”¹¹⁸

Por fim, o ministro indeferiu o pedido formulado pelo estado de Santa Catarina, por entender ainda que o custeio do tratamento pelo Estado não caracterizava ameaça à ordem pública e administrativa local.

2.1.2.4. Recurso Extraordinário nº 271.286/RS

O julgamento do Recurso Extraordinário em voga¹¹⁹ merece destaque, visto que é considerado um dos mais relevantes já proferidos sobre a matéria, servindo reiteradamente de fundamento para decisões judiciais. Isso porque foi o primeiro julgado a realizar análise densa e profunda do tema, demonstrando nas razões da decisão o tratamento de prerrogativa indisponível dado à saúde.¹²⁰

O voto do ministro relator Celso de Mello baseia-se no argumento de que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

De acordo com o relator, o referido direito fundamental constitui-se como direito subjetivo e representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria norma constitucional. Assim, deve o Poder Público velar, de maneira responsável, pela integridade do bem juridicamente tutelado, a quem incumbe

¹¹⁷ Ibidem

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 271286. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. DJ 21 nov. 2000.

¹²⁰ BALESTRA NETO, op. cit., p. 100-101

formular e implementar políticas econômicas e sociais que visem à garantia do acesso universal e igualitário dos cidadãos à assistência médico-hospitalar e farmacêutica.

Extraí-se ainda que independentemente da esfera institucional de atuação no plano da organização federativa brasileira, o Poder Público não pode mostrar-se indiferente aos problemas de saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional, “ainda que por censurável omissão”¹²¹.

Nesse sentido, afirma o ministro relator que o caráter programático da norma não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a Carta Magna, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Desta forma, de acordo com o ministro relator, incide sobre o Poder Público a obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover aos cidadãos medidas preventivas e de recuperação da saúde, fundadas em políticas públicas idôneas, que tenham por finalidade a viabilização e a concreção do que prescreve o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Assim, não basta que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal do direito à saúde em declaração constitucional; é essencial que seja o referido direito social integralmente respeitado e plenamente garantido, visto que o direito à saúde constitui-se como prerrogativa do cidadão de exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo ordenamento jurídico. A fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente é cumprido quando as instâncias governamentais adotam providências destinadas a promover plenamente a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Frisa ainda o relator que a regra inscrita no artigo 196 da norma constitucional tem como destinatários todos os entes políticos que compõem a organização do Estado brasileiro.

No entendimento do ministro relator, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes representa “um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas,

¹²¹ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 271286, loc. cit.

especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”.¹²²

Por fim, o relator ressalta que o legislador constituinte classificou as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública em virtude da essencialidade do direito à saúde, figurando sua relevância pública como fundamento a legitimar a atuação do Poder Judiciário nos casos de desrespeito ao mandamento constitucional pelo Poder Público:

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.¹²³

O ministro relator fez ainda menção à decisão por ele proferida no exercício da presidência do STF na Medida Cautelar na Petição nº 1.246/SC, cujos fundamentos foram abordados no tópico “2.1.2.3.”.

A segunda turma do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário em análise, interposto pelo município de Porto Alegre.

2.1.3. Terceira fase

De acordo com Balestra Neto (2015), a terceira fase da jurisprudência dos Tribunais Superiores tem início na metade da década de 2000, “quando os tribunais eventualmente começam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando as questões próprias das ações”¹²⁴ como a inserção ou não do medicamento em lista elaborada pelo Poder Público e a comprovação de eficácia dos medicamentos:

Passou-se a uma análise mais minudente do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negou aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas.¹²⁵

São considerados marcos desta etapa a realização da *Audiência Pública – Saúde* convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, o julgamento do Agravo

¹²² Ibidem

¹²³ Ibidem

¹²⁴ BALESTRA NETO, op. cit., p. 95

¹²⁵ Ibidem, p. 102

Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE e a edição da Lei nº 12.401/2011.¹²⁶

Nesta fase, destacam-se as decisões que deram solução jurídica aos casos concretos sem restringirem-se a debates sobre a eficácia de normas constitucionais, adentrando também em análise sobre a eficiência de medicamentos e tratamentos médicos, bem como sobre sua previsão no Sistema Único de Saúde.

Em decorrência do foco atribuído pelo presente estudo à fase contemporânea da jurisprudência da Corte suprema brasileira, imprescindível que a referida fase seja analisada em tópico próprio, tamanha a sua densidade.

2.2. Fase contemporânea

As decisões emblemáticas da fase contemporânea da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se debruçaram profunda e minuciosamente sobre a matéria, não se limitando à reprodução de entendimento previamente apontado sobre o tema, ganham destaque em virtude de sua relevância e para possibilitar sua completa análise.

2.2.1. Suspensão de Segurança nº 3.073/RN (SS 3073)

Em decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 3073/RN¹²⁷, a então ministra presidente Ellen Gracie acolheu o pedido formulado pelo estado do Rio Grande do Norte para suspender a execução da liminar concedida no Mandado de Segurança em trâmite no Tribunal de Justiça do referido estado.

O fundamento da decisão da presidência foi a configuração de lesão à ordem pública, pois a execução da decisão impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Isso porque a gestão nacional de saúde, organizada de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

No entendimento da ministra, a norma inscrita no artigo 196 da Constituição da República refere-se “à efetivação de políticas públicas que alcancem a população

¹²⁶ Ibidem, p. 95

¹²⁷ BRASIL. STF. Suspensão de segurança nº 3073. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 09 fev. 2007. DJ 14 fev. 2007.

como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”.¹²⁸ Afirma ainda a ministra presidente que a responsabilidade do Estado de fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode inviabilizar o sistema público de saúde.

No caso em análise, a ministra sustentou que o deferimento do custeio do medicamento requerido pelo impetrante diminuiria a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos à coletividade. Na ocasião, destacou-se ainda que o medicamento solicitado pelo beneficiário do SUS, além de ser de custo elevado, não constava da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais do Ministério da Saúde, pois ainda em fase de estudos e pesquisas.

Por fim, ressaltou a ministra que o medicamento requerido era complementar ao tratamento recebido pelo impetrante, não configurando recusa do estado do Rio Grande do Norte a fornecer adequado tratamento ao beneficiário do SUS.

2.2.2. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL (STA 91)

Ao estado de Alagoas, em Ação Civil Pública, foi determinado liminarmente o fornecimento de todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e dos pacientes renais crônicos.

Em decisão sobre o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL¹²⁹, formulado pelo mencionado ente federativo, a então ministra presidente Ellen Gracie acatou o argumento do Estado de que o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, comprometendo o adequado cumprimento do Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais.

No entendimento da ministra, ao se antecipar os efeitos da tutela para determinar que o Poder Público forneça todo medicamento necessário ao tratamento de transplantados renais e de pacientes renais crônicos, diminui-se a possibilidade de serem oferecidos serviços básicos de saúde à coletividade, além de atingir esferas de competências distintas devido à sua amplitude, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde.

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ BRASIL. STF. Suspensão de tutela antecipada nº 91. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 fev. 2007. DJ 05 mar. 2007.

A ministra presidente entendeu estar configurada lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, pois “a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”¹³⁰. Por essa razão – e diante da autorização prevista na Lei nº 8.437/92 do deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – a ministra deferiu parcialmente o pedido formulado pelo Estado.

Assim, suspendeu-se a execução da antecipação de tutela para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de Alagoas somente ao fornecimento de medicamentos contemplados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde.

2.2.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF (ADPF 45)

No julgamento da ADPF nº 45/DF¹³¹, formulada por partido político contra veto do Presidente da República de dispositivo de proposição legislativa, o ministro Celso de Mello, prolator da decisão monocrática, apresentou importantes apontamentos sobre o direito à saúde.

No entendimento do ministro, caso o Estado deixe de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da norma constitucional, deixando de torná-los efetivos, operantes e exequíveis e abstendo-se de cumprir seu dever legal de prestação que lhe foi imposto pela Constituição Federal, incidirá em violação negativa do texto constitucional. O não fazer configurará a inconstitucionalidade por omissão – total, quando nenhuma providência é tomada; e parcial, quando insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Ainda nesse sentido, destaca o ministro que mediante inércia o Estado também desrespeita a Constituição, ofendendo direitos por ela fundados.

A decisão baseia-se no argumento de que, excepcionalmente, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário a incumbência de formular e de implementar políticas públicas – encargo primariamente pertencente aos Poderes Legislativo e Executivo – se os órgãos estatais competentes vierem, em descumprimento aos encargos político-jurídico sobre eles incidentes, a comprometer a eficácia e a integridade de direitos

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ BRASIL. STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. DJ 04 mai. 2004.

individuais e coletivos, ainda que derivados de norma revestida de conteúdo programático:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja (sic) uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.¹³²

No mesmo sentido, ressalta o ministro que, apesar de a formulação e a execução de políticas públicas dependerem de opções políticas a cargo daqueles que receberam investidura em mandato eletivo por delegação popular, a liberdade de conformação do legislador, assim como de atuação do Poder Executivo, não se revela absoluta. Isso porque, se os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos sociais, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, fica justificada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, “até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico”¹³³, com a finalidade de viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes seja injustamente recusada pelo Estado.

No entendimento do ministro, não se mostrará lícito ao Poder Público, “mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa”¹³⁴, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo propósito de inviabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência em favor dos cidadãos.

De acordo com a decisão em análise, o processo de concretização dos direitos de segunda geração traduz-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas a ele reclamadas. No entanto, não pode o Estado invocar a cláusula da reserva do possível com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando a conduta governamental negativa puder nulificar direitos constitucionais fundamentais. Ainda, os alvos prioritários dos gastos públicos são estabelecidos na apuração dos elementos fundamentais da dignidade – mínimo

¹³² Ibidem

¹³³ Ibidem

¹³⁴ Ibidem

existencial – podendo-se discutir, apenas depois de atingi-los, em que outros projetos poderão ser investidos os recursos remanescentes. Desta forma, o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em contrapartida, extrai-se da decisão que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende de vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, caracterizada pela gradualidade de seu processo de concretização. Assim, comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente público, não se poderá dele exigir a imediata efetivação do comando fundado na Constituição da Federal, considerada a limitação material mencionada.

Ao fim, por ter a Lei nº 10.707/2003 (LDO) apresentado dispositivo com o mesmo texto daquele vetado, fazendo constar na referida lei integralmente a norma sobre a qual incidira o veto executivo, o ministro julgou prejudicada a ADPF, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Conclui-se do teor da decisão que, no entendimento do ministro que julgou a ADPF em análise, o arbítrio estatal não é oponível à efetivação dos direitos sociais, sendo possível a intervenção do Poder Judiciário para implementar políticas públicas quando configurada hipótese de descumprimento à norma constitucional pelo governo.

2.2.4. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Repercussão Geral

O Supremo Tribunal Federal, em análise ao tema do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN¹³⁵ reconheceu, por unanimidade de votos, a repercussão geral acerca da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

No entanto, análise aprofundada sobre este tema ainda não foi realizada pela Corte constitucional, visto que o mérito do Recurso Extraordinário em questão não foi julgado até o término da elaboração do presente estudo.

2.2.5. Suspensão de Tutela Antecipada nº 278/AL (STA 278)

Em decisão sobre o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 278/AL¹³⁶, ajuizado pelo estado de Alagoas contra decisão proveniente do Tribunal de

¹³⁵ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 566471. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 nov. 2007. DJe-157 07 fev. 2007.

¹³⁶ BRASIL. STF. Suspensão de tutela antecipada nº 278. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 out. 2008. DJe-204 28 out. 2008.

Justiça estadual, que determinou ao ente federativo o fornecimento de medicamento à beneficiária do SUS, o então ministro presidente Gilmar Mendes – seguindo apontamentos de Stephen Holms e Cass Sustein – ressaltou que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, ganhando relevo a reserva do possível diante da escassez dos recursos e da necessidade de se fazer escolhas alocativas.

O ministro ainda esclareceu que “a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores”¹³⁷, consistentes na grave lesão à saúde, à ordem, à segurança ou à economia públicas.

Por entender que não houve, no caso em análise, grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, o então ministro presidente indeferiu o pedido de suspensão formulado pelo estado de Alagoas.

2.2.6. Audiência Pública – Saúde

Em razão da relevância e importância do tema, bem como da repercussão geral e do interesse público nas questões suscitadas nos pedidos de suspensão de tutela antecipada, de liminar e de segurança, o Supremo Tribunal Federal convocou Audiência Pública sobre saúde, realizada nos meses de abril e maio de 2009. A referida audiência contou com a participação de diversos segmentos da sociedade civil e tinha como objetivo o esclarecimento das questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas referentes às ações que pleiteiam prestações de saúde.

Nessa ocasião, a Corte constitucional destacou a necessidade de debater temas fundamentais vinculados ao acesso à saúde, como a responsabilidade dos entes federados em matéria de direito à saúde e a obrigação do Estado de (i) custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes, bem como de (ii) fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde (SUS), de (iii) disponibilizar medicamentos e tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não aconselhado pelos protocolos clínicos do SUS e de (iv) fornecer medicamento não lícito e não previsto em lista do SUS, formulada pelo Poder Público.

¹³⁷ Ibidem

A Audiência Pública em questão teve como objetivo a discussão de parâmetros para prática judiciária no País¹³⁸, servindo as informações apresentadas e as conclusões produzidas na ocasião de fundamento para o emblemático julgamento da STA nº 175/CE, bem como da STA 178/CE – detalhadamente analisados em tópicos próprios.

2.2.7. Suspensão de Tutela Antecipada nº 178/CE (STA 178)

Trata-se de decisão sobre pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 178/CE¹³⁹, formulado pelo município de Fortaleza contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento de medicamento à portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C”. O pedido de suspensão formulado pela União será analisado no tópico 2.2.8, enquanto o tópico ora em análise propõe-se a examinar o pedido de suspensão formulado pelo referido município.

Inicialmente, o então ministro presidente Gilmar Mendes destaca que o primeiro dado a ser considerado quando da análise da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde, no que se refere à caracterização ou não de interferência na esfera de outros poderes, é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada. Isso porque, de acordo com o referido ministro, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas econômicas e sociais do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas sim determinando o seu cumprimento. Nesses casos, entende o ministro ser evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública. Caso a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas do sistema público de saúde, ressalta o ministro que se torna “imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação”¹⁴⁰.

Ressalta o ministro que o segundo dado a ser considerado é a existência ou não de motivação para que o SUS não forneça determinada prestação de saúde, visto

¹³⁸ BALESTRA NETO, op. cit., p. 91

¹³⁹ BRASIL. STF. Suspensão de tutela antecipada nº 178. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 set. 2009. DJe-182 28 set. 2009.

¹⁴⁰ Ibidem

que há casos em que a ação proposta visa à garantia de prestação de saúde que os gestores do sistema público de saúde decidiram não custear por entenderem que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Assim, verifica-se que o não fornecimento de prestação pode decorrer de duas situações: (i) o Sistema Único de Saúde fornece tratamento alternativo, porém não adequado a determinado paciente; e (ii) o SUS não oferece tratamento algum para determinada patologia.

Sinaliza o ministro que um medicamento ou tratamento em desconformidade com os *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* – conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses – deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Convém destacar importantes apontamentos realizados pelo ministro relator sobre a universalidade do acesso à saúde e a gestão do SUS:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.¹⁴¹

Na conclusão da razão supracitada, o ministro afirma que o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde deverá ser privilegiado em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Entretanto, o voto do ministro relator ressalta que a mencionada conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário decidir que medida diversa da oferecida pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que comprove não ser eficaz o tratamento já custeado pelo sistema público de saúde devido a especificidades do organismo do paciente. Nesse sentido, destaca que o Ministro da Saúde à época da realização da Audiência Pública sobre saúde ressaltou a necessidade de revisão

¹⁴¹ Ibidem

periódica dos protocolos existentes, bem como de elaboração de novos protocolos. Desta forma, não se mostra possível afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, sendo assim permitida sua contestação judicial.

No entendimento do ministro, situação diversa é verificada ante a inexistência de tratamento na rede pública de saúde. Nessa hipótese, faz-se necessário diferenciar (i) os tratamentos puramente experimentais daqueles (ii) ainda não testados pelo SUS.

Destaca o ministro que os tratamentos sem comprovação científica de sua eficácia – experimentais – são realizados por centros médicos ou laboratórios de excelência, consubstanciados em pesquisas clínicas, razão pela qual não pode ser o Estado condenado a fornecê-los.

Especificamente quanto às drogas experimentais, o ministro dá destaque ao esclarecimento realizado na Audiência Pública sobre saúde de que não podem ser compradas em nenhum país, porque não foram avaliadas e aprovadas; o acesso às referidas medicações é possível somente no âmbito de programas de acesso expandido ou de estudos clínicos. Assim, não se vislumbra possível obrigar o Poder Público a custeá-las. Já no que tange aos novos tratamentos – ainda não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, “é preciso que se tenha cuidado redobrado”¹⁴². Isso porque, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a segurança dos pacientes e a melhor distribuição de recursos públicos, e por outro lado, no entanto, “a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar excluindo o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada”¹⁴³, considerando-se que o conhecimento médico tem rápida evolução, dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa.

No entendimento do ministro, a inexistência de Protocolo Clínico do Sistema Único de Saúde não pode justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e da rede privada, nem mesmo pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema público de saúde.

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ Ibidem

Desta forma, entende o ministro relator que poderá ser objeto de impugnação judicial a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, tanto em demandas individuais como por ações coletivas. No entanto, ressalta que é imprescindível a realização de instrução processual com ampla produção de provas, que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁴⁴

Por entender não configurada grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada, o ministro presidente indeferiu o pedido formulado pelo município de Fortaleza.

2.2.8. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (STA 175 AgR)

O julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE¹⁴⁵ é considerado um marco na jurisprudência brasileira. Guiado pelas experiências e conclusões apontadas pela audiência pública analisada no tópico 2.2.6 do presente estudo, o emblemático julgamento definiu parâmetros em matéria de acesso à saúde.

Trata-se de agravo regimental interposto pela União contra a decisão da presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pelo referido ente federativo contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Destaca-se que a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178 – analisada em tópico próprio – tramitava em apenso à STA 175, pois de conteúdo idêntico.

A defesa formulada pela União possibilitou à suprema corte o debate das diversas teses apresentadas pela Fazenda Pública, decidindo e criando parâmetros para questões comumente enfrentadas na prática judiciária brasileira.

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ BRASIL. STF. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

Em brevíssima síntese, a defesa alegou que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes, assim como as normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde, desconsiderando a função exclusiva da Administração Pública em definir políticas públicas, razão pela qual estaria caracterizada indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas sociais e econômicas. Sustentou ainda que somente deve figurar no polo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão à saúde e às finanças públicas a determinação de custeio de medicamento de alto custo pela União, pois isto implicaria a descontinuidade dos serviços de saúde ao restante da população, o deslocamento de esforços e de recursos estatais, bem como o efeito multiplicador.

A decisão ora analisada teve como relator o então ministro presidente Gilmar Mendes e como órgão julgador o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

No entendimento do ministro relator, “as divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito”¹⁴⁶, bem como da necessidade de compatibilização do mínimo existencial e da reserva do possível. Destaca ainda que embora os direitos sociais impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito – positivos –, quanto direitos de defesa – negativos – e que “ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) o principal argumento contrário à sua judicialização”¹⁴⁷.

No entendimento do ministro relator, é necessário que a judicialização do direito à saúde seja redimensionada, pois os problemas de eficácia social do mencionado direito fundamental derivam, principalmente, de questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas já existentes e não tanto da falta de regulação normativa. Em sua maioria, as demandas que buscam acesso a medicamentos não se referem à inexistência de políticas públicas, mas sim à ineficiência em sua execução pelos entes federativos.¹⁴⁸ Assim, o referido ministro ressalta que essa informação pode ajudar na formulação de um critério para decisões de

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ Ibidem

casos nos quais se discute a interferência do Poder Judiciário na esfera dos demais Poderes.

Em exame a cada um dos elementos contidos no texto da norma inscrita no artigo 196 da Constituição da Federal, o ministro relator fez os seguintes apontamentos:

i. Direito de Todos – neste ponto, ressalta a decisão analisada no tópico “2.1.2.3.”, que reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduzindo o Estado e o indivíduo a uma relação jurídica obrigacional. Esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas econômicas e sociais; sendo assim, “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.”¹⁴⁹ Há, em verdade, um direito público subjetivo a políticas públicas que protejam, promovam e recuperem a saúde.

Por fim, ressalta que a garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS, o que deve ser fundamentado e demonstrado concretamente, caso a caso.

ii. Dever do Estado – o voto do ministro relator exara entendimento consolidado no âmbito da Corte constitucional de que os entes federativos têm competência comum no que tange ao cuidado com a saúde. União, Estados, Distrito Federal e Municípios “são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal) de prestações na área da saúde”¹⁵⁰, visto que são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade;

iii. Garantido mediante políticas sociais e econômicas – a evolução da medicina e a necessidade de distribuição de recursos naturalmente escassos utilizando-se de critérios distributivos impõem um viés programático à norma do direito à saúde. A garantia do acesso à saúde “mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.”¹⁵¹;

¹⁴⁹ Ibidem

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ Ibidem

iv. Políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos – as políticas públicas na área da saúde têm sua dimensão preventiva evidenciada, visto que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e que a dimensão preventiva do direito à saúde foi estabelecida como prioritária pelo artigo 198, inciso II da Constituição Federal;

v. Políticas que visem ao acesso universal e igualitário – o ministro relator destaca que o constituinte estabeleceu um sistema universal e igualitário de acesso aos serviços públicos de saúde;

vi. Ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde – no entendimento do ministro, o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica sobre a matéria:

Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.¹⁵²

No mesmo sentido, cumpre ressaltar importante apontamento realizado pelo ministro relator:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.¹⁵³

O ministro relator afirma que o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é condição para que se ateste a segurança e o benefício do produto, sendo esse o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação em sua rede de distribuição. No entanto, destaca que a norma prevista no artigo 12 da Lei Federal nº 6.360/76, cuja determinação é de que nenhum dos produtos de que trata a referida lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde, não é uma regra absoluta. Isso porque em casos excepcionais, a importação de

¹⁵² Ibidem

¹⁵³ Ibidem

medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, já que a Lei nº 9.782/99 – criadora da ANVISA – permite que a referida autarquia dispense de registro os imunobiológicos e medicamentos quando forem adquiridos, por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas (art. 8º, § 5º).

O ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto que a imposterabilidade da efetivação do dever constitucional de fornecer acesso à saúde aos cidadãos desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na causa em análise. Nesse sentido, o Tribunal Pleno do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo interposto pela União.

Os apontamentos realizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal neste julgamento, em virtude do aprofundamento do tema, representam importante baliza para os demais órgãos do Poder Judiciário no enfrentamento de milhares de demandas judiciais que pleiteiam acesso à saúde.¹⁵⁴

2.2.9. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE (SL 47 AgR)

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE¹⁵⁵, interposto pelo estado de Pernambuco contra decisão que indeferiu pedido de suspensão de liminar concedida na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o município de Petrolina, o referido estado e a União, o então presidente do colendo STF, ministro Gilmar Mendes, fez importantes apontamentos que merecem ser destacados.

No entendimento do referido ministro, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, mas também um postulado de proteção. Assim, haveria não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente. Nesta dimensão objetiva, ganha destaque a perspectiva dos direitos ao procedimento e à organização, consistentes em direitos fundamentais que dependem de providências estatais que criem e conformem órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

¹⁵⁴ BALESTRA NETO, op. cit., p. 108

¹⁵⁵ BRASIL. STF. Agravo regimental na suspensão de liminar nº 47. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

Quanto à dimensão individual e coletiva do direito à saúde, afirma o ministro prolator do voto em análise:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas incidindo diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada no AgR RE 271.286, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.¹⁵⁶

O ministro relator afirma ainda que é necessário considerar, no que tange aos direitos sociais, que a prestação de saúde devida pelo Poder Público varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Enquanto o Estado deve dispor de um determinado valor para custear o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais dos beneficiários do sistema público de saúde:

Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça.¹⁵⁷

Desta forma, o ministro presidente ressalta que a escolha da destinação de recursos a uma política pública e não à outra leva em consideração fatores como a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, o número de cidadãos atingidos pela política eleita e a maximização dos resultados.

Por entender que ao deferir uma prestação de saúde inclusa nas políticas públicas formuladas pelo SUS, o Poder Judiciário não está criando, mas apenas determinando o cumprimento de uma política pública bem como que, neste caso, é evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde, o Tribunal Pleno do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental em análise.

¹⁵⁶ Ibidem

¹⁵⁷ Ibidem

2.2.10. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 750.768/BA (AI 750768 AgR)

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 750.768¹⁵⁸, a Primeira Turma do STF, por unanimidade de votos, negou seguimento ao referido agravo, interposto pelo estado da Bahia contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

Do voto do ministro relator Dias Toffoli extrai-se que a Corte constitucional brasileira segue entendimento de que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Público adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, não prosperando o inconformismo em relação ao referido princípio e à possível interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas do Estado.

2.2.11. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG – Repercussão Geral

Em sessão plenária realizada no dia 17 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não de o Estado fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) diante do direito à saúde constitucionalmente garantido.

Todavia, análise aprofundada sobre este tema ainda não foi realizada pela Corte constitucional, visto que o mérito do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG¹⁵⁹ não foi julgado até o término da elaboração do presente estudo.

2.2.12. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777/RS

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777/RS¹⁶⁰, a segunda turma do STF negou provimento, por unanimidade de votos, ao agravo regimental interposto pela União.

¹⁵⁸ BRASIL. STF. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 750768. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 25 out. 2011. DJe-226 29 nov. 2011.

¹⁵⁹ BRASIL. STF. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 657718. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 nov. 2011. DJe-051 12 mar. 2012.

¹⁶⁰ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 716777. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 09 abr. 2013. DJe-091 16 mai. 2013.

Do voto do ministro relator Celso de Mello destaca-se o entendimento de que a necessidade imperiosa de se preservar a integridade do direito fundamental à vida e à saúde baseia-se em razões de caráter ético-jurídico, sendo dever constitucional do Estado o fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas destituídas de recursos financeiros.

2.2.13. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM¹⁶¹, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso interposto pelo estado do Amazonas contra decisão que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual.

No entendimento do ministro relator Celso de Mello, ficou configurada hipótese de omissão inconstitucional imputável ao ente federativo por desrespeito à Constituição decorrente de inércia estatal. Destaca ainda o referido ministro que a correção de omissões é uma necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos tribunais, da qual resulta uma positiva criação jurisprudencial.

Destacou ainda o ministro relator que a reserva do possível é inaplicável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Não pode a referida cláusula, no entendimento do ministro, ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado.

O ministro relator ressaltou que as normas constitucionais, mesmo aquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas – especialmente na área da saúde – possuem caráter cogente e vinculante. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos sociais, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada à Corte suprema brasileira:

Se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no inadimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. [...] Se o

¹⁶¹ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 581352. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 out. 2013. DJe-230 21 nov. 2013.

Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.¹⁶²

Sendo assim, a inconstitucionalidade por omissão resultará da inexistência ou insuficiência de prestação, podendo ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pela Administração Pública.

O dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais qualifica-se, de acordo com o ministro prolator do voto em análise, como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. A intervenção jurisdicional – justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde – torna-se plenamente legítima sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde, sem qualquer ofensa ao postulado da separação dos poderes. A norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal vincula juridicamente o Estado, não podendo o juízo de simples conveniência e de mera oportunidade comprometer a eficácia do direito básico à saúde.

Dentre as causas que justificam o comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de acordo com o ministro relator, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição, por vezes desrespeitada por omissão do Poder Público.

Por fim, o ministro relator enfatiza que existe um dilema entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as prestações de saúde e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros sempre tão escassos, conduzindo o Poder Judiciário, em matéria de saúde, a proferir decisões que se projetam no contexto das escolhas trágicas.

2.2.14. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762.242/RJ

¹⁶² Ibidem

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762.242/RJ¹⁶³, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso interposto pelo estado do Rio de Janeiro contra decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Dentre as razões da decisão, expostas no voto de relatoria do ministro Dias Toffoli, destaca-se a de que incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, a prestação de assistência à saúde da população, não configurando escusa válida a suposta ausência de recursos orçamentários.

Por fim, o relator destaca que o tema do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (tópico 2.2.11.), cuja repercussão geral foi reconhecida pela suprema corte, não se aplica ao caso ora em análise, visto que o Tribunal de origem manteve sentença que permitia ao Estado a substituição do medicamento cujo fornecimento foi determinado judicialmente por outro similar, com a mesma eficácia terapêutica, previsto nos regulamentos pertinentes.

2.2.15. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831.385/RS

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831.385/RS¹⁶⁴, por unanimidade de votos, negou provimento ao recuso interposto pelo estado do Rio Grande do Sul contra decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Dentre os apontamentos realizados no voto proferido pelo ministro relator Roberto Barroso, cumpre ressaltar aquele que informa que a jurisprudência da Corte constitucional brasileira é firme no sentido de que o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos, mesmo diante do caráter meramente programático atribuído ao artigo 196 da Constituição Federal.

Destaca ainda o ministro relator que o STF tem seguido entendimento de ser possível a determinação, pelo Poder Judiciário, de fornecimento de medicamento não incluído na lista elaborada pelos gestores do SUS, desde que haja comprovação de que

¹⁶³ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 762242. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 nov. 2011. DJe-248 16 dez. 2013.

¹⁶⁴ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 831385. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 mar. 2015. DJe-063 06 abr. 2015.

não existe na referida lista opção de tratamento eficaz para a enfermidade do beneficiário do sistema público de saúde.

No caso em análise, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que estava evidente o direito da autora à colocação de determinada prótese, destacando que a prótese nacional – oferecida pelo SUS – certamente compeliria a demandante a realizar novo procedimento cirúrgico e importaria a utilização de mais de uma prótese, sendo possível que desse causa à necessidade de realização de enxerto ósseo. De acordo com o entendimento proferido no acórdão recorrido, o contexto ilustrado acarretaria maior ônus para a saúde da autora e para o Sistema Único de Saúde.

Por entenderem os ministros que o Estado não pode eximir-se do dever de propiciar os meios necessários à efetivação do direito à saúde, bem como por verificarem a possibilidade de determinação judicial de fornecimento de prestação de saúde não incluída na lista padronizada fornecida pelo SUS – desde que comprovada a inexistência de opção de tratamento eficaz oferecido pelo sistema público de saúde – e a impossibilidade de nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, a primeira turma do colendo STF negou provimento ao agravo regimental em análise.

2.2.16. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 815/SP

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 815/SP¹⁶⁵, realizado em sessão plenária, os ministros da Corte constitucional, por unanimidade de votos, negaram provimento aos agravos regimentais interpostos pelo município e pelo estado de São Paulo contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que manteve a liminar concedida pela 17ª Vara Federal Cível de São Paulo.

A decisão liminar deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento de hepatite tipo “c”, considerado na mencionada decisão como única forma viável de evitar o agravamento da doença, visto que o tratamento fornecido pelo SUS não surtiu o efeito esperado. Ademais, a eficácia do fármaco estaria atestada e aprovada por entidade governamental congênere à ANVISA.

¹⁶⁵ BRASIL. STF. Agravo regimental na suspensão de liminar nº 815. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 mai. 2015. DJe-107 05 jun. 2015.

Os agravantes sustentam o cabimento do pedido de suspensão de liminar em razão da grave lesão à ordem pública e econômica que resultaria da efetivação da medida liminar deferida. Indicam ainda que a medicação cujo fornecimento foi determinado judicialmente não estaria registrada na ANVISA e não seria recomendada no âmbito do sistema público de saúde, já que não havia comprovação de sua eficácia. Por fim, sustentaram que a referida medicação somente poderia ser adquirida por meio de importação de alto custo, no valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) por doze semanas de tratamento de um único paciente.

O então ministro presidente Ricardo Lewandowski, relator do caso em voga, destacou em seu voto os apontamentos realizados pelo ministro Cezar Peluso em decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 4.316/RO. No referido caso, o ministro entendeu verificado o risco de dano inverso, podendo a suspensão dos efeitos da decisão causar situação mais gravosa ao paciente do que aquela que se pretende combater, causada pela ausência de registro na ANVISA do único medicamento eficaz disponível ao tratamento da enfermidade apresentada pelo beneficiário do SUS.

No caso em análise, apesar da ausência de registro do medicamento na ANVISA, a utilização do fármaco foi aprovada pela entidade governamental dos Estados Unidos da América responsável pelo controle dos alimentos e medicamentos naquele país. Assim como a congênere brasileira, a mencionada entidade norte-americana testa e estuda os medicamentos antes de aprovar a comercialização dos fármacos.

Por fim, a decisão ora analisada é concluída com o entendimento de que, quando há comprovação de que um fármaco ainda não aprovado pela ANVISA é o único eficaz para combater determinada enfermidade causadora de risco à vida de paciente sem condições financeiras, o Estado tem a obrigação de custear o tratamento se o uso desse mesmo medicamento for aprovado por entidade congênere à agência reguladora nacional.

2.2.17. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 894.085/SP

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 894.085/SP¹⁶⁶, a primeira turma do STF negou provimento, por unanimidade de votos, ao recurso interposto pelo município de São Paulo contra decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

Dentre as razões do voto proferido pelo ministro relator Roberto Barroso, cumpre destacar o apontamento de que o STF entende não haver incompatibilidade entre a solidariedade para o fornecimento de prestações de saúde pelos entes federativos e a descentralização dos serviços no âmbito do SUS.

2.3. Fosfoetanolamina

2.3.1. Suspensão de Tutela Antecipada nº 828/SP

A recentíssima decisão em análise tinha como objeto (i) o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada contra liminar concedida pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – que determinou o fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética* para tratamento de câncer –, bem como (ii) o pedido de Suspensão de Liminares e decisões de segunda instância que possuem objeto idêntico – ambos interpostos pela Universidade de São Paulo (USP).

Trata-se de decisão monocrática proferida pelo então ministro presidente Ricardo Lewandowski na Suspensão de Tutela Antecipada nº 828/SP¹⁶⁷ no dia 04 de abril de 2016.

A universidade requerente sustentou que os estudos científicos referentes às propriedades anticancerígenas da *fosfoetanolamina sintética* foram interrompidos nos estágios iniciais da pesquisa. Assim, torna-se impossível afirmar que a referida substância é eficaz, podendo o seu consumo provocar prejuízos ao organismo das pessoas que a utilizem, já que também não foram realizados estudos sobre a sua toxicidade. Defende a instituição requerente que a *fosfoetanolamina sintética* não é um medicamento, mas uma substância química que não passou por todas as etapas necessárias para afastar os riscos à saúde de seus usuários.

¹⁶⁶ BRASIL. STF. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 894085. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 dez. 2015. DJe-029 17 fev. 2016.

¹⁶⁷ BRASIL. STF. Suspensão de tutela antecipada nº 828. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 abr. 2016. DJe-063 07 abr. 2016.

A decisão proferida pelo então ministro presidente destaca que a Corte constitucional brasileira sempre se sensibilizou com a situação dos enfermos sem meios para custear tratamento de saúde de alto custo que buscam o Poder Judiciário, ainda que os medicamentos não tenham registro na ANVISA, em caráter excepcional. No caso de fármaco não registrado na mencionada agência, quando há comprovação de que é o único eficaz para combater determinada enfermidade que coloca em risco a vida de paciente sem condições financeiras de custeá-lo, entende o ministro que o Estado tem a obrigação de fornecê-lo desde que o medicamento tenha sido aprovado por entidade congênere à ANVISA.

Ressalta o ministro que o caso em análise não se assemelha àqueles já examinados pelo STF. A novidade apresentada pelo caso em voga deve-se ao fato de que a substância química pleiteada por beneficiários do sistema público de saúde ainda não teve seu ciclo de estudos concluído, não estando registrada nem mesmo em uma entidade congênere à ANVISA. Assim, a *fosfoetanolamina sintética* não foi submetida a testes e estudos aptos a aprovar sua distribuição e comercialização.

Ao SUS compete, por atribuição constitucional (art. 200, inciso II da Constituição Federal) e da Lei 8.080/1990 (art. 6º), a execução de ações de vigilância sanitária. A referida lei define vigilância sanitária como um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde (art.6º, §1º).

Sendo assim, o então ministro presidente – em concordância ao apontamento realizado pela universidade requerente – entendeu que a manutenção das decisões que determinaram o fornecimento da *fosfoetanolamina sintética* – que é uma substância, não um medicamento – gera risco de dano inverso decorrente do desconhecimento dos seus efeitos no ser humano, colocando em risco a saúde dos interessados. Isso porque a substância nem sequer foi objeto de investigações técnico-científicas submetidas aos protocolos legalmente exigidos e tampouco de fiscalização das normas de vigilância sanitária:

Observa-se, assim, que a liberação indistinta para uso da “*Fosfoetanolamina Sintética*” por pacientes diagnosticados com câncer não pode deixar de prescindir do regular trâmite dos estudos já mencionados e da aprovação e sanção do projeto de lei antes mencionado [projeto de lei que dispõe sobre o uso da “Fosfoetanolamina Sintética” por pacientes diagnosticados com

neoplasia maligna]. Acredito que não caberia ao Poder Judiciário respaldar a prática de uma medicina não baseada em evidências.¹⁶⁸

O ministro prolator da decisão deu destaque à Recomendação nº 01/2012 do Comitê Executivo de Santa Catarina (COMESC), cuja previsão é de que devem ser identificados os benefícios da nova substância prescrita na hipótese concreta, bem como os riscos decorrentes da sua não dispensação, com a apresentação de estudos científicos eticamente isentos e comprobatórios dessa eficácia.

No entendimento do então ministro presidente, a prudência exige que sejam afastadas condutas passíveis de contestação, experimentais e sem conhecimento sobre os riscos ao paciente, sendo prestigiadas as condutas baseadas em evidências científicas:

Considero, também, que a inexistência de estudos científicos que atestem que o consumo da “*Fosfoetanolamina Sintética*” seja inofensivo ao organismo humano, somado ao fato de que a referida substância não é considerada por outros países como medicamento e, ainda, que a sua produção, no atual estágio, não está submetida aos controles de vigilância sanitária, coloca em risco a vida dos interessados, justificando-se o deferimento do pedido de suspensão para sustar as decisões atacadas.¹⁶⁹

O ministro ainda vislumbrou o risco de ocorrência do efeito multiplicador da medida, de modo que sua manutenção permitiria o deferimento de outros pedidos de tutela de urgência em situações semelhantes. Entendeu o ministro que estava devidamente demonstrado o fundamento de aplicabilidade do instituto de suspensão da tutela antecipada, visto que a decisão impugnada configura grave lesão à ordem, à segurança e à saúde públicas.

Por prudência e para que o posicionamento adotado seja plenamente eficaz em relação à instituição requerente, o então ministro presidente deferiu o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida na decisão da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo e estendeu a suspensão a todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética* para o tratamento de câncer até o trânsito em julgado das respectivas decisões. A decisão determinou ainda que seja mantido o fornecimento da *fosfoetanolamina sintética* enquanto existir estoque remanescente da referida substância.

2.3.2. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF (ADI 5501)

¹⁶⁸ Ibidem

¹⁶⁹ Ibidem

O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal deferiu, por maioria de votos, medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF¹⁷⁰ para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 e, consequentemente, o uso da *fosfoetanolamina sintética*, popularmente conhecida como “pílula do câncer”. A referida lei autoriza o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que o diagnóstico seja comprovado por laudo médico e mediante assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou por seu representante legal.

A instituição autora da ação – Associação Médica Brasileira (AMB) – sustenta que diante da ausência de testes da substância em seres humanos e do desconhecimento sobre a eficácia do medicamento, bem como de seus efeitos colaterais, sua liberação é incompatível com o direito à saúde, à vida e à segurança e ainda com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O voto do ministro relator Marco Aurélio fez importantes apontamentos que merecem ser destacados no presente estudo.

O referido ministro destacou que ao dever do Estado de fornecer medicamentos à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação.

Ressaltou ainda o ministro relator que o ato atacado pelo pedido de suspensão destoa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. Desta forma, o Congresso Nacional, ao permitir a distribuição da substância sem controle prévio de viabilidade pela ANVISA, não cumpriu com o dever constitucional de tutela da saúde da população:

O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano.¹⁷¹

Nesse sentido, entendeu o ministro relator que há ofensa ao postulado de separação de Poderes, visto que não cabe ao Congresso Nacional viabilizar a distribuição de qualquer medicamento, mas sim à ANVISA, a quem compete –

¹⁷⁰ BRASIL. STF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5501. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 mai. 2016. DJe-103 20 mai. 2016.

¹⁷¹ Ibidem

enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde – autorizar a distribuição de substâncias químicas, de acordo com protocolos cientificamente validados:

A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida.¹⁷²

O voto proferido pelo ministro relator afirma que a liberação genérica da substância sem a realização dos devidos estudos clínicos “é no mínimo temerária – e potencialmente danosa”¹⁷³ em virtude da ausência, até a data do julgamento em análise, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Nas palavras do referido ministro, “salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora.”¹⁷⁴

O ministro Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, entendeu que a autorização de uso da *fosfoetanolamina sintética* antes mesmo da realização dos necessários testes para comprovar que o composto é seguro e eficaz coloca em risco o bem-estar, a saúde e a vida das pessoas, em afronta ao direito à saúde. Destacou ainda que, ao autorizar o uso da referida substância sem testes clínicos e registro sanitário, há violação à reserva da administração, visto que o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária por um juízo político, interferindo indevidamente em procedimento de natureza tipicamente administrativa.

Também o ministro Teori Zavascki considerou relevante a alegação de inconstitucionalidade da lei em questão, visto que a liberação do uso de fármacos pertence ao Poder Executivo.

No mesmo sentido votou o ministro Luiz Fux, observando que a utilização da substância pode apresentar um perigo de dano inverso, já que não há aferição exata das consequências do uso do composto, com possibilidade de violação ao direito à saúde e a uma vida digna dos seus usuários. Destacou ainda o referido ministro que, de acordo com parecer da ANVISA, o uso da *fosfoetanolamina sintética* pode favorecer o abandono de tratamentos prescritos pela medicina tradicional.

¹⁷² Ibidem

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Ibidem

A ministra Carmen Lúcia acompanhou o voto do relator, ressaltando que os médicos são unânimes no entendimento de que há riscos na utilização do composto e alegam que não se conhecem os efeitos colaterais da substância. Acrescentou a referida ministra que a concessão da liminar tem o objetivo de evitar que “se veja na pílula do câncer mais uma pílula de engano para quem já está sofrendo com o desengano”¹⁷⁵.

Por fim, o então ministro presidente Ricardo Lewandowski acompanhou a maioria dos ministros, votando pelo deferimento da liminar. Entendeu o referido ministro que permitir que o Poder Legislativo legisle na área da farmacologia abre um precedente extremamente perigoso, colocando em risco a saúde da população. O ministro ressaltou ainda não ser admissível – sobretudo em campo sensível como o da saúde, referente à vida e à dignidade humana – que o Estado aja irracionalmente, baseando-se em suposições que não tenham base em evidências científicas.

Pelas razões mencionadas, os ministros do colendo Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, decidiram pelo deferimento da liminar pleiteada para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 até o julgamento definitivo da ADI nº 5501.

Apresentada análise sobre a aplicação do direito à saúde pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propõe-se o próximo capítulo a apreciar o entendimento doutrinário acerca da natureza jurídica do direito à saúde, a desenvolver reflexão teórica sobre o papel do Poder Judiciário na concretização do referido direito fundamental social e, por fim, a apresentar critérios e parâmetros objetivos para balizar a atuação do Poder Judiciário no que tange à promoção do acesso à saúde.

¹⁷⁵ Ibidem

3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE, ANÁLISE CRÍTICA E PARÂMETROS À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

A expressão *judicialização da saúde* é utilizada para indicar o aumento significativo da intervenção do Poder Judiciário em relação ao acesso à saúde por meio de demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos e a realização de procedimentos médicos por parte do Estado.¹⁷⁶

O processo de *judicialização da saúde* tem ganhado espaço em debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais em virtude do aumento exponencial do número de demandas que buscam efetivo acesso à saúde, do impacto orçamentário que lhe é correlato e da complexidade da matéria, sendo tema de interesse não somente dos operadores de direito, mas também do Estado e da sociedade em geral.

Como bem destaca Ramos (2013), a constatação de que existe uma crescente intervenção do Poder Judiciário em matéria de saúde pública em decorrência do aumento do número de ações dessa natureza nada indica sobre a legitimidade ou ilegitimidade dessa intervenção. No entanto, é preciso observar que decisões que descaracterizam a função típica do Poder Judiciário, com incursão sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes implicam em ativismo judicial, devendo ser analisadas com cautela.¹⁷⁷

Independentemente da conclusão que se adote sobre o tema – até mesmo de que o Poder Judiciário não tem aumentado o grau de interferência na promoção do acesso à saúde ou que sua atuação não atinge a esfera de outros Poderes, por exemplo –, é inconteste o fato de que está em curso um processo de *judicialização da saúde* no Brasil, visto que o número de demandas que visam ao acesso a prestações de saúde cresceu exponencialmente nos últimos anos.

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. Parte III. Cap. 4. p. 482-510.

¹⁷⁷ Ibidem

Dados do Ministério da Saúde indicam que os gastos do Estado de Santa Catarina com o cumprimento de decisões judiciais na área da saúde subiram de aproximadamente R\$ 2,8 milhões, no ano de 2003, para R\$ 93,4 milhões em 2010¹⁷⁸.

Quanto ao número de ações em matéria de saúde, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informam que de 5.395 ações em trâmite no estado de Santa Catarina durante o ano de 2011¹⁷⁹, passou-se a 18.188 ações no ano de 2014, um crescimento exponencial em um curto espaço temporal.¹⁸⁰

A judicialização do direito à saúde tem sido uma das questões mais importantes da administração judiciária brasileira. O grande número de ações judiciais sobre a matéria demonstra a necessidade de debate sobre o tema e de adoção de parâmetros racionais para que a tutela jurisdicional seja entregue ao cidadão da forma mais célere e justa possível.¹⁸¹

A complexidade do tema decorre não apenas da diversidade de pretensões que podem ser ajuizadas na área da saúde, mas principalmente em virtude da necessidade de apreciação de múltiplas questões para decidir um caso concreto – alocação de recursos públicos, controle das ações da Administração Pública na esfera dos direitos fundamentais sociais e garantia de proteção desses direitos¹⁸².

Ademais, como brilhantemente destaca Barroso (2007), o que está em julgamento é o direito à vida e à saúde de uma pessoa em face do direito à vida e à saúde de outras, não havendo solução juridicamente fácil, nem moralmente simples neste tema.¹⁸³

Realizada a análise acerca da aplicação do direito à saúde pela jurisprudência pátria, passa-se à apreciação da classificação doutrinária sobre a natureza

¹⁷⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública**: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2014. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

¹⁷⁹ BRASIL. CNJ. . **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹⁸⁰ BRASIL. CNJ. . **Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ nº 107**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹⁸¹ BARROSO, op. cit., p. 109

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 1. p. 11-53. p. 12

¹⁸³ BARROSO, op. cit., p. 91

do direito fundamental social em questão, a fim de verificar de que forma a Constituição Federal de 1988 estabelece os limites e as possibilidades de implementação do referido direito.

3.1. Considerações sobre a natureza jurídica do direito à saúde

3.1.1. Direito subjetivo

A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que a Constituição Federal de 1988 acolheu os direitos fundamentais sociais como autênticos direitos fundamentais¹⁸⁴, sendo também a eles referente a previsão de que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º da CF/88).

Como se constata no segundo capítulo do presente estudo, é entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal que o direito fundamental à saúde constitui-se como direito subjetivo e representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela norma constitucional, conduzindo o Estado e o indivíduo a uma relação jurídica obrigacional.

Desta forma, mostra-se necessário aprofundar o conceito de direito subjetivo a fim possibilitar análise criteriosa da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde.

Inicialmente, cumpre destacar a diferenciação entre direito objetivo e subjetivo: direito objetivo é aquele configurado como elemento normativo e direito subjetivo, como atributo pessoal.¹⁸⁵

O conceito de direito subjetivo tem como ideia nuclear a indicação de atribuição de um *bem* a *alguém*. O *bem* é o objeto do direito, constituindo um meio de satisfação de interesses; entendido em sentido amplo, pode consistir em uma coisa material, em um poder de exigir e em uma esfera de autonomia ou de imunidade. *Alguém* é o sujeito do direito e não tem necessariamente que ser concebido com um indivíduo isolado. O conceito aqui utilizado não pressupõe que o objeto do direito tem de ser heterogêneo ou exclusivo, nem mesmo que o sujeito tenha de ser sempre um ente

¹⁸⁴ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 17

¹⁸⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 18

individual, pois direito subjetivo não é sinônimo de direito individual, entendido como aquele de titularidade de uma só pessoa.¹⁸⁶

O conceito de direito subjetivo comporta ainda uma classificação em dois grupos de direitos fundamentais: direitos de abstenção e direitos de prestação. O direito à saúde insere-se na segunda categoria, visto que direitos de prestação impõem ao Poder Público uma conduta ativa, consistente em atribuir ao seu titular uma prestação de dar ou fazer, podendo ter por objeto uma ação material, como a execução de um serviço médico, ou uma ação jurídica, como a expedição de uma norma legal.¹⁸⁷

Na lição de Konrad Hesse (1998), os direitos fundamentais possuem caráter dúplice, ainda que organizados sob a forma de direitos subjetivos. Isso porque além de assegurar e determinar a posição jurídica do indivíduo, também funcionam como elementos da ordem objetiva da coletividade.¹⁸⁸

O direito fundamental à saúde assumiu a condição de direito público subjetivo por força da alocação de recursos orçamentários – por meio de diversos diplomas legais e regulamentares – para suportar seu custo financeiro pelos entes federativos, bem como em decorrência da organização dos serviços administrativos hábeis ao atendimento de pacientes, à dispensação de medicamentos e à realização de ações na área da saúde.¹⁸⁹

No mesmo sentido, atribui-se destaque à lição de Robert Alexy (1993):

Todos os direitos a prestações são relações trivalentes entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado. Se o titular de um direito fundamental *a* tem um direito frente ao Estado (*e*) a que este realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem frente a *a* o dever de realizar *h*. Cada vez que existe uma relação de direito constitucional deste tipo entre um titular de um direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem competência para impor judicialmente o direito.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Ibidem, p. 74-75

¹⁸⁷ Ibidem, p. 197

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 228-229.

¹⁸⁹ RAMOS, op. cit.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 431, tradução nossa. (En tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si un titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a *a* el deber de realizar *h*. Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho.)

Há quem tenha entendimento divergente do até aqui apresentado. Na visão de Lima (2008), o direito subjetivo não deve ser concebido como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Isso porque a concepção moderna de direito subjetivo – adotada pelo STF e pela doutrina majoritária – funciona quando se trata de relação entre dois indivíduos, na qual um tem o direito e outro tem o dever. No entanto, quando consideradas as complexas relações entre membros de uma coletividade, que podem usufruir de um benefício difuso comum – caso dos direitos sociais – a ideia moderna de direito subjetivo deve ser superada.¹⁹¹

Em que pese o direito à saúde configurar-se como direito subjetivo, é preciso ter cautela quando da análise de um caso concreto a fim de evitar a adoção da concepção de que o direito à saúde é um poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado. Tomar a mencionada cautela no momento do julgamento de um caso referente ao acesso à saúde evita que a concessão de prestações em saúde seja efetivada de forma indiscriminada, sem adoção de critérios.¹⁹²

O referido autor afirma que o reconhecimento do direito à saúde como direito a prestações levou alguns setores do Poder Judiciário à aplicação do direito à saúde como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do indivíduo contra o Estado. Assim, passou-se de uma conjuntura em que se sustentava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais de saúde a indivíduos que as pleiteassem judicialmente (primeira fase da jurisprudência – tópico 2.1.1.) ao entendimento de que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento de que o direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, é um direito subjetivo público (segunda fase da jurisprudência – tópico 2.1.2.).¹⁹³

Todavia, consoante demonstração do segundo capítulo do presente estudo (tópicos 2.2. e 2.3.), verifica-se que a jurisprudência da Corte constitucional brasileira caminha no sentido de delimitar o direito subjetivo dos indivíduos de pleitear judicialmente prestações de saúde, evitando que o direito à saúde seja considerado um direito de exigir do Estado toda e qualquer pretensão na área da saúde.

3.1.2. Norma programática

¹⁹¹ Ibidem, p. 275

¹⁹² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 11. p. 265-283. p. 271

¹⁹³ Ibidem, p. 276

Restou demonstrado no segundo capítulo do presente estudo que o entendimento consolidado do colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o caráter programático da norma contida no artigo 196 da Constituição Federal não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. No mesmo sentido, afirmar que o referido dispositivo consubstancia-se somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos – apenas incidindo sobre diretrizes a serem observadas pelo Poder Público – significaria negar a força normativa da Constituição Federal, tendo as normas constitucionais – mesmo aquelas de conteúdo programático –, caráter cogente e vinculante, não podendo o Estado se eximir do dever de propiciar os meios necessários à efetivação do direito à saúde dos cidadãos.

Assim como o tópico anterior propôs-se a apresentar o conceito de direito subjetivo, o atual mostra-se necessário para aprofundar o conceito de norma programática atribuído ao direito à saúde pela jurisprudência e pela doutrina, a fim de possibilitar análise criteriosa da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde.

A natureza programática da norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal é relevante para definir os limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Compreendido como direito fundamental derivado, o direito à saúde tem sua exigibilidade amoldada aos contornos que lhe forem emprestados pelas normas infraconstitucionais pertinentes, desde que compatíveis com o objetivo traçado pelo constituinte e com o princípio da isonomia.¹⁹⁴

No entendimento de Roberto Barroso (2007), a Constituição Federal de 1988 conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, como mera convocação à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, passando a usufruir de aplicabilidade direta e imediata pelos tribunais brasileiros. Nesse contexto, os direitos constitucionais em geral – e os subjetivos, em particular – transformaram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.¹⁹⁵

Assim, na visão do mencionado autor, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos, são eles, em regra, direta e imediatamente

¹⁹⁴ RAMOS, op. cit.

¹⁹⁵ BARROSO, op. cit., p. 90

exigíveis do Poder Público ou de particulares por meio das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico brasileiro. Em consequência, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.¹⁹⁶

Os direitos de prestação normativa são, no âmbito constitucional, direitos subjetivos contra o legislador ordinário, tendo assim natureza instrumental e cumprindo uma função de proteção mediata, visto que seu objeto é a produção ulterior de normas legais. Ao mesmo tempo, os mencionados direitos preordenam o estabelecimento dos meios de proteção imediata dos interesses que se pretende proteger por meio da lei, dando origem a outros direitos subjetivos – esses normativos e classificados como direitos derivados.¹⁹⁷ De acordo com Canotilho (2003), “os direitos derivados devem ser entendidos como direitos a prestações concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”¹⁹⁸.

Há autores que seguem o entendimento de que, configurado o direito social prestacional pela normatividade derivada, não há obstáculo jurídico para que seus beneficiários obtenham tutela jurisdicional em caso de embaraço à sua fruição¹⁹⁹, não se admitindo, no entanto, a determinação de providências que substituam as políticas públicas de saúde, quando deveriam apenas exercer o controle sobre as políticas de saúde concretizadas pelos entes estatais.²⁰⁰

Os direitos de prestação normativa comportam a designação própria de direitos remetentes, visto que são produtos de “normas que decidem sobre normas que devem decidir sobre direitos”²⁰¹. No âmbito constitucional, são direitos a atos de imposição de normas legais para a proteção de interesses fundamentais que remetem à criação de outros direitos ou meios de amparo no nível infraconstitucional.²⁰²

Podem ainda os direitos de prestação ser classificados em direitos de prestação em sentido (i) próprio, ou típicos e (ii) impróprio, ou atípicos. Na

¹⁹⁶ Ibidem, p. 92

¹⁹⁷ MARTINS NETO, op. cit., p. 197

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408

¹⁹⁹ RAMOS, op. cit.

²⁰⁰ Ibidem

²⁰¹ MARTINS NETO, op. cit., p. 198

²⁰² Ibidem, p. 165

Constituição Federal de 1988, o direito aos serviços assistenciais de saúde está inserido na primeira categoria, assim entendido o direito de prestação em sentido próprio como aquele que atribui ao titular o poder de exigir do Poder Público uma ação positiva cujo objeto poderia, em tese, ser igualmente obtido de particulares.²⁰³

De acordo com o mencionado entendimento, em situações nas quais esteja em jogo a sobrevivência de uma pessoa desamparada, o postulado do Estado Social – mesmo que isoladamente – já constitui base suficiente para fundamentar um autêntico direito de prestação em sentido próprio, “sob a modalidade de direito subjetivo ao socorro estatal, se bem que só na medida do que seja normalmente acessível a todos em condição análoga”²⁰⁴, para que não seja ofendido o princípio da igualdade na repartição dos benefícios sociais.

3.1.3. Mínimo existencial, reserva do possível e mandados de otimização

Mostra-se ainda necessário expor brevemente algumas premissas doutrinárias acerca do mínimo existencial, da reserva do possível e dos mandados de otimização para então partir à devida análise da atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

Inicialmente, fundamental destacar que o mínimo existencial não se confunde com o que se tem denominado mínimo vital ou de sobrevivência. Enquanto esse conceito refere-se à garantia da vida humana, aquele abrange necessariamente garantia de sobrevivência com qualidade de vida, em condições dignas, compreendendo todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna.²⁰⁵

No Brasil, a garantia de uma existência digna consta como finalidade da ordem econômica, consoante previsão do artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Todavia, a garantia e o direito fundamental ao mínimo existencial independem de expressa previsão constitucional, pois decorrentes da proteção à vida e à dignidade humana.²⁰⁶

²⁰³ Ibidem, p. 151

²⁰⁴ Ibidem, p. 189-190

²⁰⁵ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 22, 25

²⁰⁶ Ibidem, p. 24-25

A principal objeção lançada em relação à concretização dos direitos sociais a prestações e ao mínimo existencial refere-se à dimensão economicamente relevante desses direitos, visto que dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. De acordo com esse entendimento, a mencionada concretização está condicionada à reserva do possível e à sua relação com a separação de Poderes, o princípio federativo e a reserva de lei orçamentária. A concretização dos direitos fundamentais sociais a prestações ainda depende, nesse sentido, da efetiva disponibilidade do objeto a ser fornecido ou prestado, dependendo da real existência de meios e recursos para que o Estado cumpra sua obrigação, sendo esse um limite fático à efetivação desses direitos.²⁰⁷

Reconhecida doutrina nesta matéria sustenta que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, abrangendo (i) a disponibilidade de recursos para a efetivação de direitos, (ii) a disponibilidade de recursos materiais e humanos, conectada à distribuição de receitas e à competência legislativa e administrativa, e (iii) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação quanto ao titular de um direito a prestações sociais.²⁰⁸

Nessa perspectiva, cabe ao Poder Judiciário zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, atuando com máxima cautela e responsabilidade. Já aos órgãos estatais e agentes políticos cabe a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Cabe ainda ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações ou da eficiente aplicação desses recursos, a fim de que não fique caracterizada omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais sociais a prestações.²⁰⁹

O direito à saúde, enquanto direito fundamental social a prestações, sempre estará de algum modo limitado pela reserva do possível, seja em relação à disponibilidade de recursos existentes ou à capacidade jurídica e técnica de disposição de recursos. No entanto, a garantia implícita de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo de efetividade do mencionado direito,

²⁰⁷ Ibidem, p. 27-28

²⁰⁸ Ibidem, p. 30

²⁰⁹ Ibidem, p. 32

impedindo tanto omissões quanto medidas insuficientes de proteção, promoção e recuperação da saúde por parte do Estado.²¹⁰

O princípio da dignidade humana é tido como base do mínimo existencial. O referido princípio foi utilizado pela jurisprudência pátria, especialmente em sua segunda fase (tópico 2.1.2.), como fundamento para conceder acesso a medicamentos e prestações de saúde por intermédio de decisões judiciais. Já na fase atual, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal utiliza-se do princípio da dignidade humana para fundamentar suas decisões, porém o faz em conjunto com outros fundamentos essenciais à matéria.

Cumprido ressaltar que a utilização do princípio da dignidade humana – sem considerar as possibilidades reais e jurídicas, que guardam relação com a reserva do possível – como prevalente diante de toda e qualquer regulação legislativa e administrativa ou como fundamento para conceder toda e qualquer prestação de saúde mostra-se inadequada, tendo em vista a lição de Robert Alexy (1993):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e pelas regras opostos.²¹¹

Desta forma, verifica-se que como mandato de otimização, a utilização do princípio da dignidade humana para conceder uma prestação material de saúde deve levar em consideração as possibilidades jurídicas e reais existentes, como a disponibilidade de determinado bem a ser fornecido ou até mesmo a disponibilidade de recursos econômicos. Deve assim o princípio da dignidade humana ser realizado na maior medida possível, não podendo se ignorar a reserva do possível anteriormente analisada.

3.2. Limites, implicações e críticas à atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde

²¹⁰ Ibidem, p. 42

²¹¹ ALEXY, op. cit., p. 86, tradução nossa. (El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.)

Roberto Barroso (2007) sustenta que o controle jurisdicional em matéria de entrega de prestações em saúde deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto de deliberação democrática, devendo a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura ter “como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.”²¹².

Todavia, o referido autor alerta que o sistema público de saúde começa a apresentar graves sintomas de que pode ‘morrer da cura’, em referência à falta de critérios das decisões que concedem prestações de saúde e a voluntarismos na matéria. Destaca ainda que se proliferam “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –”, ou ainda de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.²¹³

Realizada a descrição do quadro normativo do direito à saúde, bem como a análise das decisões jurisprudenciais sobre o tema e da natureza jurídica do referido direito, o presente estudo busca o desenvolvimento de reflexão teórica e prática sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário diante deste tema densamente complexo, com a finalidade de contribuir para a racionalização das questões a ele pertinentes. Ao fim, apresenta parâmetros objetivos e critérios sugeridos pela doutrina para balizar a atuação do Poder Judiciário no que tange à promoção do acesso à saúde pela via judicial, aptos a dar uniformidade e disciplina à matéria.

O foco deste capítulo é evidenciar um conjunto de críticas ao ativismo judicial em matéria de acesso a prestações de saúde formuladas por juristas e pela doutrina, com o propósito de oferecer visão plural sobre o tema antes da apresentação de parâmetros propostos ao fim do estudo.

3.2.1. Caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da CF/88

A mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira tem como base o argumento de que a norma constitucional inscrita no texto do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 está positivada na forma de norma programática. Isso porque o referido

²¹² BARROSO, op. cit., p. 103

²¹³ Ibidem, p. 90

dispositivo explicita que a garantia do direito à saúde se dá por meio de políticas sociais e econômicas, sem fazer referência a decisões judiciais. Nesse sentido, a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontraria forte obstáculo no modo de positivação daquele dispositivo constitucional, pois claramente defere a tarefa de implementação e concretização aos órgãos executores de políticas públicas.²¹⁴

No entanto, em virtude da natureza jurídica do direito à saúde – derivado e remetente – e da força normativa da Constituição, restou demonstrado que razão não assiste a essa crítica, visto que amplo quadro normativo e regulamentar embasa a busca por prestações de saúde pela via judicial.

3.2.2. Direito à saúde de um x direito à saúde da coletividade

O excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição, visto que em muitos casos o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade dos cidadãos, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.²¹⁵ Roberto Barroso (2007) evidencia que decisões judiciais que determinam a entrega imediata de medicamentos frequentemente fazem com que o governo retire o fármaco do programa de dispensação ao qual pertencem, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente para entregá-lo ao litigante individual que obteve decisão favorável.²¹⁶

Verifica-se, nesse sentido, a inconveniência de ordens judiciais que transferem aos operadores do sistema público de saúde a escolha entre a vida de um paciente ou outro quando faltam recursos materiais ao atendimento de todos ou ainda quando algum critério de prioridade é desrespeitado, em desatenção ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal²¹⁷.

Relevante aqui analisar a fundamentação do despacho de indeferimento de pedido de suspensão de liminar em ação cautelar proferido pelo presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, na Pet 1.246 MC/SC – analisada no tópico 2.1.2.3. Na referida decisão, o ministro entendeu que entre proteger

²¹⁴ Ibidem, p. 104-105

²¹⁵ Ibidem, p. 90-91

²¹⁶ Ibidem, p. 106

²¹⁷ LIMA, op. cit., p. 281

o direito à vida ou fazer prevalecer um interesse financeiro do Estado, só haveria uma solução possível: o respeito à vida.

Entretanto, cabe ressaltar que o interesse financeiro do Estado é plano de fundo do que realmente está análise: o direito à vida e à saúde da coletividade. Quando se analisam os aspectos financeiros das decisões judiciais que condenam o Estado a fornecer prestações de saúde, fica evidente que o objetivo da análise não é primordialmente proteger a ordem econômica, mas sim protegê-la de modo que o funcionamento do sistema público de saúde e, conseqüentemente, o direito à saúde da coletividade, não sejam prejudicados.

Ademais, Ramos (2013) destaca que a ponderação não se propõe às situações em que normas constitucionais apontadas como concorrentes apresentam, na verdade, níveis diversos de eficácia, como é o caso da ponderação entre a norma sede do direito à saúde e as normas constitucionais que dão base à função de governo ou que estruturam a programação financeira pública.²¹⁸

Desta forma, não é o caso de opor ressalvas à conclusão assentada pelo ministro, pois à mesma decisão se poderia chegar por outros fundamentos, como por exemplo, pelo descabimento do pedido de suspensão. Todavia, pelas razões expostas, mostra-se imprópria a fundamentação da decisão citada, baseada na ponderação.²¹⁹

3.2.3. Legitimidade

Para analisar este ponto, imprescindível ressaltar que a ideia de Estado democrático, consagrada no artigo 1º da Constituição Federal, é a síntese de dois conceitos: constitucionalismo e democracia. Entre esses dois conceitos podem surgir pontos de tensão, visto que a vontade da maioria pode ter que estagnar diante de determinados conteúdos materiais, processuais e orgânicos da Constituição.²²⁰

A base do Estado constitucional é a dignidade humana e a centralidade dos direitos fundamentais, sendo aquela o centro de irradiação desses direitos. Aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário compete, assim, o dever de realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível.

²¹⁸ RAMOS, op. cit.

²¹⁹ Ibidem

²²⁰ BARROSO, op. cit., p. 95

Já o princípio democrático tem sua expressão na ideia de soberania popular, segundo a qual todo poder emana do povo. A ideia de governo da maioria está relacionada, principalmente, à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas.²²¹

Roberto Barroso (2007) destaca que pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais e que, quando isto ocorre, cabe ao Poder Judiciário agir²²², enquanto Ramos (2013) ressalva que não é lícito ao mencionado Poder substituir as medidas concretizadoras de uma política pública de saúde, afastando as opções técnicas do legislador e do administrador, bem como ignorando os limites impostos à jurisdição pela liberdade de conformação legislativa e pela discricionariedade administrativa. Entretanto, prossegue o referido o autor, os magistrados podem e devem coibir o desatendimento às normas legislativas e administrativas que formam o quadro normativo do direito à saúde, quer o inadimplemento assuma a forma comissiva, quer refira-se à omissão ilegal.²²³

A crítica em relação à legitimidade democrática da atuação judicial na matéria é reiteradamente suscitada em defesa do Estado. Os que sustentam essa crítica entendem ser imprópria a retirada da prerrogativa de decidir sobre as formas de gasto dos recursos públicos dos poderes legitimados pelo voto popular.

Beserra (2005) faz relevante reflexão sobre o assunto, merecendo destaque suas indagações:

É discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual *status*, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.²²⁴

No mesmo sentido, os recursos públicos são obtidos por meio da cobrança de impostos pagos pelo povo, a quem cabe decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos:

²²¹ Ibidem, p. 95-96

²²² Ibidem, p. 96.

²²³ RAMOS, op. cit.

²²⁴ BESERRA, Fabiano Holz. **Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da ADPF nº 45. Páginas de Direito**, Porto Alegre, v. 5, n. 286, p.01-12, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.²²⁵

Desta forma, apenas ao legislador democraticamente legitimado compete decidir sobre a afetação dos recursos públicos, tendo em vista o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária – deduzido do princípio democrático e vinculado ao princípio da separação de Poderes.²²⁶

3.2.4. Separação dos Poderes e organização da Administração Pública

Há quem sustente que a discricionariedade administrativa, fortemente vinculada ao princípio da separação dos poderes, importa na contenção do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, visto que se refere a opções de conduta normativamente asseguradas. Desta forma, não estaria o Poder Judiciário autorizado a impor determinado padrão de comportamento ao Poder Público, em substituição àquele adotado pelo Poder controlado.²²⁷

Restou demonstrado no segundo capítulo do presente estudo que o entendimento consolidado no âmbito da Corte constitucional brasileira é de que os entes federativos são solidariamente responsáveis pelas prestações de saúde. Diante dessa constatação, a crítica que se faz é que os processos terminam por causar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, como procuradores e servidores administrativos. Cumpre ainda realçar que a superposição de esforços “representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.”²²⁸

Os Poderes Legislativo e Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de questões complexas, especialmente daquelas que têm implicações macropolíticas, visto que possuem visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas. O Poder Judiciário, por sua vez, não dispõe de igual auxílio e a análise do caso concreto tende a perder de vista as possíveis implicações políticas e fáticas da decisão proferida, razão pela qual, de acordo

²²⁵ BARROSO, op. cit., p. 105

²²⁶ Ibidem

²²⁷ RAMOS, op. cit.

²²⁸ BARROSO, op. cit., p. 90

com esse entendimento, a implementação de direitos prestacionais deve ser reservada ao administrador público.²²⁹

Há também quem sustente que as decisões que condenam o Estado ao fornecimento de prestações de saúde interferem negativamente na prestação do serviço público de saúde, visto que substituem critérios informados pela visão de sistema do SUS por critérios fixados para casos concretos, apoiados na necessidade individual de um indivíduo. Desta forma, enfraquecem as ações de promoção e proteção da saúde, cujos recursos orçamentários de suporte são destinados ao cumprimento de ordens judiciais²³⁰ e desorganizam o sistema público de saúde, visto que provocam a redistribuição de seus limitados e escassos recursos financeiros e materiais.²³¹

Tais decisões privam a Administração Pública da capacidade de se planejar e comprometem a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão, além de que seus excessos e inconsistências põem em risco a continuidade das políticas públicas de saúde já existentes. Isso porque “cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.”²³²

3.2.5. Aspecto econômico

O aspecto econômico a ser analisado criticamente envolve não apenas questões de ordem financeiro-orçamentária, mas também de disponibilidade efetiva de leitos, profissionais de saúde habilitados, aparelhos médicos, entre outros recursos materiais.

A crítica financeira é também reiteradamente utilizada como defesa do Estado nas ações que visam ao acesso à saúde, especialmente sob a formulação da reserva do possível. Nessa linha de análise, “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis”²³³, visto que investir em um determinado setor implica deixar de investir em

²²⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 22-23

²³⁰ RAMOS, op. cit.

²³¹ Ibidem

²³² BARROSO, op. cit., p. 90, 106

²³³ Ibidem, p. 106

outros. Isso porque, em regra, o orçamento apresenta-se inferior ao necessário para atender à demanda social de efetivação de direitos – sejam individuais ou sociais.²³⁴

Sendo assim, compete primeiramente ao legislador decidir sobre a importância das diversas pretensões da comunidade a fim de incluí-las no orçamento e resguardar o equilíbrio financeiro geral.²³⁵ Nesse sentido, a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde, de acordo com Roberto Barroso (2007) é conferir a competência para tomar decisões sobre o aspecto financeiro ao Poder Executivo, que possui visão global das necessidades a serem supridas, bem como dos recursos disponíveis.²³⁶

Há ainda quem sustente que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor quando comparado àquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, das quais fazem parte, por exemplo, as políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.²³⁷

Por fim, cabe destaque ao impacto que a ampliação dos recursos destinados à efetivação do direito à saúde pela via judicial causa nas políticas públicas que buscam a concretização de outros direitos fundamentais, visto que sofrem reduções em suas dotações orçamentárias em decorrência da necessária transferência de recursos à área da saúde para atender às ordens judiciais.²³⁸

3.2.6. Universalidade e integralidade do acesso à saúde

A ideia de universalidade do acesso à saúde não implica em gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que toda e qualquer prestação de saúde tenha de ser satisfeita pela via judicial.²³⁹

É necessário que (i) o interessado demonstre minimamente que não tem condições de arcar com os custos do medicamento ou tratamento pleiteado e que (ii)

²³⁴ Ibidem

²³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 455-456

²³⁶ BARROSO, op. cit., p. 105

²³⁷ Ibidem, p. 107

²³⁸ RAMOS, op. cit.

²³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 45

sejam atendidos certos parâmetros objetivos para que as decisões judiciais em matéria de saúde pública ganhem racionalidade, como será amplamente abordado no tópico 3.3.

3.2.7. Aspecto probatório

A crítica que se faz quanto ao aspecto probatório das demandas que visam acesso à determinada prestação de saúde possui diferentes enfoques que merecem destaque.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se mostra legítima – salvo em caso de demonstração pelo paciente de que a diretriz adotada no protocolo clínico é tecnicamente equivocada – a interferência do Poder Judiciário na escolha do procedimento terapêutico ou do medicamento a ser administrado, pois essa conduta configuraria substituição ao gestor do SUS – cuja atuação é marcada por discricionariedade técnica. Assim, aos magistrados cabe a correção de erros técnicos manifestos da Administração Pública, não a escolha entre as opções terapêuticas que a medicina disponibiliza ao combate de determinada doença ou agravo à saúde.²⁴⁰

Outro relevante ponto diz respeito à necessidade de prova de pedido administrativo da prestação de saúde pleiteada judicialmente. Isso porque é comum que as instituições públicas de saúde recebam ordens judiciais que concedem medicamentos ou procedimentos médicos a pacientes que nem sequer tentaram conseguir a prestação desejada administrativamente ou diretamente com a instituição. Não parece razoável que beneficiários do sistema público de saúde recebam prestações de saúde antes ou em detrimento de outros que se encontram em filas de espera simplesmente porque tiveram a possibilidade e oportunidade de requerer a prestação judicialmente.

O prévio requerimento administrativo pode ser utilizado como critério de avaliação da urgência do pleito vinculado e da necessidade de tutela improrrogável da pretensão, visto que a ausência de prova do pedido administrativo pode servir de atenuante da urgência para o ente estatal, visto que, em tese, somente em juízo será informado da necessidade reclamada pelo requerente, quando então poderá adotar as medidas administrativas necessárias ao cumprimento dos deveres materiais relacionados à proteção da saúde.²⁴¹

²⁴⁰ RAMOS, op. cit.

²⁴¹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 48-49

Ademais, mostra-se necessária a demonstração e comprovação de eficácia e segurança dos medicamentos e tratamentos pleiteados a fim de evitar que a própria decisão judicial implique em violação da dignidade humana.²⁴²

Nesse sentido, o magistrado deve ter cautela ao analisar um receituário médico que instrui a demanda e, se necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado a fim de certificar-se sobre a eficiência e segurança do tratamento requerido pelo beneficiário do sistema público de saúde. Caso não existam protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, verifica-se a necessidade de prova científica que fundamente a pretensão, nem sempre bastando a apresentação de receituário firmado pelo profissional de saúde que tem relação direta com o interessado.²⁴³

O dever de comprovar a necessidade da prestação de saúde, bem como sua adequação ao caso concreto, tem o objetivo de averiguar aquilo que efetivamente representa o mínimo existencial e qual a real necessidade – não apenas financeira – de conceder judicialmente atendimento ao pleito.²⁴⁴

3.2.8. Acesso à justiça

Roberto Barroso (2007) destaca que as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Todavia, quando o Poder Judiciário “assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.”²⁴⁵ Desta forma, a entrega gratuita de medicamentos e de tratamentos médicos por determinação do Poder Judiciário mais serve à classe média do que àqueles desprovidos de recursos financeiros e acaba por aprofundar a exclusão social desses últimos, visto que o governo transfere para o cumprimento de decisões judiciais – proferidas, em grande maioria, em benefício da classe média – os recursos que lhes dispensaria em programas institucionalizados.²⁴⁶

No mesmo sentido é a crítica levada a efeito por Ramos (2013), segundo a qual as decisões judiciais em matéria de saúde que assumem perfil ativista “resultam no

²⁴² Ibidem, p. 46

²⁴³ Ibidem, p. 48

²⁴⁴ Ibidem, p. 46-47

²⁴⁵ BARROSO, loc. cit.

²⁴⁶ Ibidem, p. 107-108

agravamento da desigualdade social, privilegiando pacientes com mais recursos materiais e, cumulativamente, com melhores condições de acesso à justiça”.²⁴⁷

3.2.9. Aspecto técnico

Por fim, há a crítica baseada no aspecto técnico-médico envolvido nas ações que pleiteiam acesso à determinada prestação de saúde, baseada na percepção de o Poder Judiciário “não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde”²⁴⁸, não tendo capacidade técnica de avaliar, por exemplo, se determinado medicamento requerido é efetivamente necessário, se o medicamento é adequado à enfermidade ou agravo à saúde enfrentado pelo requerente, bem como se pode ser substituído por similar ou genérico e ainda se a posologia indicada pelo médico do requerente está correta.

Nessa linha de análise, o magistrado não possui conhecimento técnico para averiguar a imprescindibilidade do tratamento ou medicamento pleiteado, sua adequação à enfermidade do paciente e se é o menos invasivo para a saúde da pessoa que o pleiteia. O aspecto técnico é ainda entrave à verificação de existência de alternativa igualmente eficiente ao tratamento pleiteado, porém mais econômica, viabilizando o atendimento de outros pacientes pela otimização dos recursos públicos.

Analisadas as críticas opostas por juristas e pela doutrina, assim como os limites e as implicações da excessiva intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, acredita-se ter demonstrado que o direito fundamental social em questão não deve ser concebido como um poder a ser exercido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelos indivíduos contra o Estado, razão pela qual parte-se à exposição de parâmetros objetivos aptos a balizar a atuação do Poder Judiciário na matéria.

3.3. Parâmetros de racionalização e uniformização da atuação judicial

O crescimento e aprofundamento da controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos é notório. Nesse sentido, destaca-se importante apontamento realizado por Sarlet e Figueiredo (2008):

²⁴⁷ RAMOS, op. cit.

²⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 108

O expressivo número de ações judiciais envolvendo a obtenção de prestações materiais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), atualmente já apreciadas em todas as instâncias jurisdicionais do país, por ora, a despeito dos esforços de sistematização já empreendidos, ainda não logrou encontrar um equacionamento relativamente uniforme ou mesmo uniformemente aceito quanto à maioria das questões polêmicas.²⁴⁹

No ano de 2010, duas ações do Conselho Nacional de Justiça buscaram interferir positivamente na prática judiciária em matéria de concretização de direito à saúde, com o objetivo de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais referentes ao mencionado direito fundamental social. A primeira delas é a Recomendação nº 31/2010, que orienta os tribunais brasileiros a (i) celebrar convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico de médicos e farmacêuticos aos magistrados, (ii) a recomendar aos magistrados, por meio das respectivas corregedorias, que instruem as ações tanto quanto possível com documentos técnico médicos e (iii) que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental. A segunda medida adotada pelo CNJ foi a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, por meio da Resolução nº 107/2010, cujas atribuições são as de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas a fim de aperfeiçoar procedimentos, reforçar a efetividade dos processos judiciais e prevenir novos conflitos.

Outra medida que ganha destaque foi tomada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, no mês de maio de 2016, admitiu seu primeiro Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – instituto previsto no novo Código de Processo Civil/2015 – na busca de uniformizar o entendimento sobre a necessidade (ou sua inexistência) de comprovação de carência de recursos financeiros do cidadão que pleiteia determinado medicamento ou tratamento médico ao SUS²⁵⁰. Com a admissão do referido IRDR, o Tribunal visa ampliar o debate sobre o tema, buscando solução que garanta tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Há quem aponte que apenas a edição de súmula vinculante, que fixe “parâmetros para o controle judiciário das políticas públicas de saúde pode reverter a

²⁴⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 12

²⁵⁰ SANTA CATARINA. TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Veredicto**: Boletim informativo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2016. Edição 183. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

escalada da judicialização no trato dessa importante matéria, impedindo a prolação de decisões ativistas”.²⁵¹

Independentemente do meio a ser utilizado – súmula vinculante, julgamento por repercussão geral, resolução do CNJ – mostra-se imprescindível que o Poder Judiciário adote critérios para uniformizar a jurisprudência que versa sobre a concessão de prestações em saúde pela via judicial.

Por essa razão, propõe-se o presente tópico a oferecer parâmetros a serem observados na busca da concretização do acesso à saúde, baseados em critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional e isonômica, cujo objetivo é fortalecer o âmbito de aplicação do direito fundamental social à saúde e legitimar a atuação judicial na matéria.

Nesse sentido, alguns critérios de conduta merecem ser indicados, visto que podem contribuir para que se alcance atuação jurisdicional nos moldes propostos.

3.3.1. Observância da legislação e do grau de desenvolvimento de políticas públicas

A vinculação da atuação judicial na concretização do direito à saúde à consideração de existência de legislação sobre o tema, bem como de desenvolvimento de política pública na área da saúde, faz-se necessária, pois, de acordo com Lima (2008), é altamente difundida a ideia de que o Poder Legislativo é omissos sobre a matéria, bem como de que o Poder Executivo não fornece qualquer prestação na área da saúde, senão por interferência do Poder Judiciário.²⁵²

Entretanto, pela exposição até aqui realizada, não seria correto afirmar que os Poderes Executivo e Legislativo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que tange à entrega de medicamentos para a população. Como exemplos da atividade legislativa, pode-se fazer referência à Lei nº 8.080/1990 e à Lei nº 8.142/1990; enquanto a atividade do Poder Executivo é ilustrada, por exemplo, pela elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), bem como das portarias do Ministério da Saúde anteriormente citadas, que regulamentam a assistência farmacêutica tanto de medicamentos essenciais, quanto excepcionais.

²⁵¹ RAMOS, op. cit.

²⁵² LIMA, op. cit., p. 277

A adoção do referido critério tem o escopo de evitar decisões casuísticas, que desconsideram as políticas sociais e econômicas definidas pelo Poder Público e comprometem ainda mais as já debilitadas políticas públicas de saúde, visto que tendem a desorganizar o planejamento elaborado para o SUS.

3.3.2. Limitação aos recursos públicos existentes

A escassez dos recursos públicos apresenta-se como limitação fática e jurídica à condenação do Estado ao fornecimento de prestações materiais na área da saúde, considerando que as prestações concedidas pelo Poder Público buscam a universalização igualitária da saúde sem que outros serviços e ações sejam prejudicados.

Como anteriormente analisado, a simples restrição orçamentária não autoriza o ente público a deixar de cumprir seu dever de prestação na área da saúde, assim como não pode o Estado simplesmente suscitar a reserva do possível para se eximir de suas obrigações constitucionais na área social, sendo necessária a verificação pelo Poder Judiciário da efetiva indisponibilidade de recursos financeiros ou materiais.

Desta forma, a limitação de recursos públicos é um fato relevante a ser considerado, “sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer país do mundo”²⁵³.

3.3.3. Tratamentos nacionais e vinculados ao SUS

Um dos critérios adotados para garantir a efetivação do direito fundamental social à saúde de quem pleiteia judicialmente uma prestação médica sem inviabilizar a continuidade do sistema público de saúde é a realização de tratamentos em estabelecimentos nacionais e preferencialmente vinculados ao SUS. Assim, evita-se o depósito de valores para tratamentos em locais de preferência do médico particular ou do paciente e até mesmo no exterior, com o objetivo de manter a universalidade e igualdade do acesso à saúde.²⁵⁴

No julgamento da STA 175, o ministro relator Gilmar Mendes fez relevante apontamento nesse sentido, ao qual se dá destaque:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao

²⁵³ Ibidem, p. 279

²⁵⁴ Ibidem, p. 280

comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.²⁵⁵

A inclusão, por intermédio do Poder Judiciário, de novo tratamento médico ou medicamento nas listas elaboradas pelo Poder Público – tema que será apreciado no tópico 3.3.6. – deve privilegiar, sempre que possível, prestações disponíveis no mercado nacional e em estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência aos conveniados ao SUS, com o propósito de harmonizar a garantia do acesso à saúde com suas diretrizes de igualdade e de universalidade.²⁵⁶

3.3.4. Medicamentos genéricos e tratamentos de baixo custo

Com o mesmo fundamento anteriormente apontado, os medicamentos cujo fornecimento é determinado pelo Poder Judiciário devem ser, preferencialmente, genéricos ou de baixo custo – similar ao produto de referência e com ele intercambiável, com comprovada eficácia, segurança e qualidade. Esse critério tem também a finalidade de impedir preferências injustificadas por determinadas marcas²⁵⁷, assim como a de atender à determinada demanda sem inviabilizar financeiramente o funcionamento do sistema público de saúde.

Nesse sentido, a imposição de fornecimento de medicamento de determinado laboratório ou de tratamento que utilize instrumental de determinada marca não se mostra razoável quando existe outra opção similar em segurança e eficiência, porém de menor custo econômico disponível no sistema público de saúde, até mesmo para impedir o beneficiamento de um fabricante em detrimento de outros.²⁵⁸

3.3.5. Eficácia comprovada

Outro critério de profunda relevância a ser observado pelo Poder Judiciário é a limitação de condenação do Poder Público ao fornecimento de prestações de saúde de eficácia comprovada, respeitando as opiniões e trabalhos de caráter técnico-científico elaborados por especialistas na área da saúde e que atendem a consensos clínicos

²⁵⁵ BRASIL. STF. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

²⁵⁶ BARROSO, op. cit., p. 112

²⁵⁷ LIMA, op. cit., p. 280

²⁵⁸ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 46-47

baseados em evidências científicas, como os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que objetivam estabelecer os critérios de diagnóstico de cada doença, os tratamentos recomendados de acordo com os medicamentos disponíveis, bem como as doses corretas a cada situação.

Desta forma, não deve o Poder Judiciário fundamentar suas decisões em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento, a fim de buscar a mais eficaz proteção à saúde. Assim, excluem-se das determinações do Poder Judiciário as substâncias e medicamentos experimentais ou ‘alternativos’ – como o composto vitamínico “cogumelo do sol”²⁵⁹, inseridos em terapias alternativas de discutível eficácia.

A atenção ao referido critério impede a concessão de tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa ou ainda não comprovada no País, já que nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes.²⁶⁰

Compelir o Estado a custear ou fornecer tratamentos e medicamentos experimentais, sem que tenham sido objeto de testes minimamente seguros, é medida que não se mostra razoável, visto que “o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo em violação da própria dignidade da pessoa humana”.²⁶¹

Por fim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal encaminha-se para o acolhimento desse critério, como restou demonstrado na análise das decisões proferidas na STA nº 828/SP (item 2.3.1.) e na ADI nº 5501/DF (item 2.3.2.), ambas relacionadas ao fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética*.

3.3.6. Medicamentos constantes em listas elaboradas pelo Poder Público

O parâmetro ora apresentado guarda relação com a inclusão do medicamento ou tratamento médico nas listas elaboradas pelos entes federativos.

²⁵⁹ BARROSO, loc. cit.

²⁶⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 46

²⁶¹ Ibidem, p. 46-47

No âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação das prestações constantes das listas elaboradas pelo Poder Público, concretizando as opções já formuladas pela Administração Pública. Isso porque se presume que os Poderes Legislativo e Executivo, quando da elaboração das mencionadas listas, avaliaram os recursos disponíveis e as necessidades prioritárias a serem supridas, bem como os aspectos técnico médicos envolvidos na verificação de eficácia dos medicamentos e tratamentos.²⁶² Sendo assim, esse parâmetro decorre também do aspecto da legitimidade para implementar políticas públicas, analisado no tópico 3.2.3.

Há casos em que o beneficiário do sistema público de saúde não pretende obter o custeio pelo Poder Público de tratamento médico ou medicamento alternativos aos indicados nos protocolos clínicos e nas listas elaboradas pela Administração Pública, mas sim de prestação ainda não incorporada às práticas do SUS e sem tratamento equivalente no referido sistema, embora disponível na esfera privada. Nesse caso, o fato de um novo tratamento ainda não haver sido incorporado ao SUS não importa em omissão administrativa judicialmente reparável²⁶³ – no âmbito das ações individuais.

Se os órgãos governamentais específicos incluíram substâncias, medicamentos e tratamentos nas políticas públicas com base em evidências científicas e estudos técnicos, a princípio não poderia haver interferência casuística do Poder Judiciário na concessão de prestações em saúde.²⁶⁴ Contudo, não é absoluta a presunção de que a Administração Pública avaliou os aspectos mencionados, cabendo discussão e revisão judicial das listas elaboradas pelos entes federativos para determinar a inclusão de determinada prestação caso seja verificada grave desvio na avaliação realizada pelo Poder Público.

Cumprido ressaltar que as mencionadas listas condensam diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos, garantindo segurança e eficácia às prestações nelas contidas, sem, no entanto, abrangerem todas as doenças ou tratamentos existentes, tendo em vista o dinamismo típico da ciência médica.²⁶⁵

²⁶² BARROSO, op. cit., p. 109

²⁶³ RAMOS, op. cit.

²⁶⁴ BARROSO, op. cit., p. 110

²⁶⁵ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 47-48

Sendo assim, propõe-se que a referida revisão seja efetivada apenas no âmbito de ações coletivas – que defendem direitos difusos ou coletivos, cujas decisões proferidas produzem efeito *erga omnes* – ou por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade.²⁶⁶

A adoção desse parâmetro funda-se na ideia de que a discussão coletiva ou de controle abstrato exigirá exame do contexto geral das políticas públicas em debate, possibilitando ao Poder Judiciário visualizar a dimensão da necessidade e a quantidade de recursos disponíveis. Nas ações coletivas torna-se viável aos legitimados ativos a apresentação de elementos probatórios mais elaborados – o que dificilmente ocorre nas ações individuais.

No mesmo sentido, a incorporação desse critério supera a crítica de que o Poder Judiciário, voltado à solução de casos concretos, não considera outras necessidades relevantes, como a imposição de gerenciamento de recursos limitados para o atendimento de demandas ‘ilimitadas’. Isso porque no âmbito do controle abstrato ou das ações coletivas o exame da alocação de recursos e a definição de prioridades é prévio ao mencionado embate entre ‘micro e macro’ justiça.²⁶⁷

Outro relevante fundamento para a adoção desse parâmetro é que as decisões proferidas nas ações coletivas ou de controle abstrato de constitucionalidade produzem efeitos *erga omnes*²⁶⁸, atendendo às diretrizes de universalidade e igualdade no atendimento da população.

Por fim, é também relevante o fundamento de que a atuação do Poder Judiciário no âmbito das referidas ações evita o desperdício de recursos públicos e permite o planejamento do sistema público de saúde, visto que “uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente”²⁶⁹, bem como facilita a defesa do Estado e a torna menos dispendiosa, não somente de recursos financeiros, mas principalmente de recursos humanos das Procuradorias-Gerais.

A inclusão de novas prestações em saúde em suas respectivas listas deve ainda considerar o parâmetro da imprescindibilidade do tratamento à manutenção da

²⁶⁶ BARROSO, op. cit., p. 111

²⁶⁷ Ibidem, loc. cit.

²⁶⁸ RAMOS, op. cit.

²⁶⁹ BARROSO, op. cit., p. 112

vida. Roberto Barroso (2007) destaca que “em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida.”²⁷⁰.

Diante da conclusão de que o Poder Judiciário pode revisar as políticas públicas já existentes por meio de ações coletivas ou de controle abstrato de constitucionalidade, importante apontar outro parâmetro, que determina a necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais, com explicitação das razões de decidir. Nesse sentido, o referido padrão de fundamentação faz-se necessário para possibilitar a formação de grupos de casos que permitam a formulação de novas e adequadas políticas públicas.²⁷¹

3.3.7. Legitimidade passiva

O último critério a ser observado é o da legitimação passiva, cuja proposição é de que o ente federativo que deve figurar no polo passivo da demanda judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o tratamento pleiteado.

Com o fim de contribuir para a organização do sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos, a proposta deste parâmetro é que o polo passivo de uma demanda deve ser ocupado pelo ente federativo que tomou a decisão política de incluir determinado tratamento em sua lista.²⁷²

A ideia do critério em exame é de autovinculação dos entes federativos: para a definição do polo passivo, basta a decisão política já tomada por cada ente de incluir o medicamento ou tratamento na lista por ele elaborada.²⁷³

Por fim, conclui-se que a atividade judicial deve buscar respeitar o conjunto de opções administrativas e legislativas formuladas na área da saúde pelos órgãos institucionais competentes e deve ainda pautar-se na moderação para ter atuação racional. A fim de evitar que o Poder Judiciário, a pretexto de concretizar os direitos fundamentais de uns, cause grave lesão a direitos da mesma natureza da coletividade ou de outros beneficiários do sistema público de saúde, foram apresentados parâmetros capazes de fortalecer o âmbito de aplicação do direito fundamental social à saúde e de legitimar a atuação judicial na matéria.

²⁷⁰ Ibidem, p. 113

²⁷¹ LIMA, op. cit., p. 282

²⁷² BARROSO, loc. cit.

²⁷³ Ibidem

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido buscou analisar criticamente a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde por meio das ações que pleiteiam acesso a prestações de saúde – processo denominado *judicialização da saúde*.

No primeiro capítulo, realizou-se um levantamento histórico da saúde pública no País, analisando-se a legislação pertinente ao tema desde o período do Brasil Colônia até o sistema normativo decorrente da Constituição Federal de 1988.

Em virtude da inovação da referida norma constitucional ao positivizar o direito à saúde como direito fundamental social, bem como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, o foco do capítulo centrou-se nos dispositivos da Constituição Federal vigente e na legislação infraconstitucional a ela vinculada.

O País destaca-se no cenário do constitucionalismo em âmbito internacional ao positivizar o direito à saúde e o sistema incumbido de garanti-lo. O Sistema Único de Saúde (SUS), cuja instituição foi determinada pela Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990 –, é guiado, primordialmente, pelos princípios da universalidade, da igualdade e da integralidade de assistência, conforme prescrição da norma constitucional. Dentre as principais atribuições do sistema público de saúde encontra-se a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde, regulada por Portarias do Ministério da Saúde, a exemplo da Portaria nº 3.916/98 (Política Nacional de Medicamentos) e da Portaria nº 2.981/2009 (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica).

No segundo capítulo, realizou-se análise sobre a aplicação do direito à saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores foi classificada por Balestra Neto (2015) em três fases distintas pelos critérios material e cronológico.

Na primeira fase, inaugurada por decisão do STJ, prevalecia o entendimento de que o direito à saúde não era direito subjetivo, pois previsto em norma programática, prevalecendo assim as teses de defesa da Fazenda Pública.

Na segunda fase ocorre uma virada no entendimento jurisprudencial predominante, que superou as diversas teses de defesa da Fazenda Pública para

possibilitar o acesso dos usuários do SUS às prestações de saúde requeridas com base no entendimento de que o direito à saúde é materialmente fundamental, vinculado ao princípio da dignidade humana. Nesse contexto, ganha relevância entre os ministros o debate sobre o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sem profundas considerações sobre as especificidades dos pedidos formulados nas demandas.

Já na terceira fase, ou fase contemporânea, os tribunais passam a eventualmente negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando as questões próprias das ações como a inserção ou não do tratamento em lista elaborada pelo Poder Público. Restou demonstrado pela pesquisa exposta que o direito à saúde apresenta-se como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduzindo o Estado e o indivíduo a uma relação jurídica obrigacional. Esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas econômicas e sociais, não se configurando em direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize, mas sim em direito público subjetivo a políticas públicas que protejam, promovam e recuperem a saúde. Nesse sentido, o caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da CF/88 não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público mostrar-se indiferente aos problemas de saúde da população e de incidir em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão.

Ao fim do segundo capítulo, ganharam destaque duas decisões referentes ao debate sobre a concessão da *fosfoetanolamina sintética* pela via judicial. Evidenciou-se no exame das mencionadas decisões a cautela da Corte constitucional brasileira de conceder apenas prestações de saúde de eficácia comprovada, a fim de impedir a ocorrência de dano inverso aos pacientes que buscam acesso à referida substância. As decisões analisadas demonstram que a jurisprudência do STF caminha no sentido de delimitar a atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde por meio da adoção de critérios objetivos, como, nesses casos, da limitação de condenação do Poder Público ao fornecimento de prestações em saúde apenas de eficácia comprovada.

O terceiro e último capítulo propôs-se a apresentar classificação doutrinária acerca da natureza jurídica do direito à saúde, bem como a analisar criticamente a

atuação do Poder Judiciário na concretização do referido direito social e, por fim, a apresentar parâmetros objetivos para balizar a *judicialização da saúde*.

Desta forma, verificou-se que a doutrina classifica o direito fundamental social à saúde como direito de prestação, porém sem considerá-lo um poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado. Como direito de prestação normativa, o direito à saúde tem natureza instrumental e cumpre função de proteção mediata, enquanto os meios de proteção que dele emanam configuram-se meio de proteção imediata, que dão origem a outros direitos subjetivos, classificados como direitos derivados.

Os direitos de prestação normativa comportam a designação própria de direitos remetentes, visto que são direitos a atos de imposição de normas legais para a proteção de interesses fundamentais que remetem à criação de outros direitos ou meios de amparo no nível infraconstitucional.

Realizou-se ainda pesquisa sobre a análise doutrinária do mínimo existencial, da reserva do possível e dos mandados de otimização, concluindo-se que o direito à saúde sempre estará de algum modo limitado pela reserva do possível, operando a garantia implícita de um direito fundamental ao mínimo existencial como parâmetro mínimo de efetividade do mencionado direito, impedindo tanto omissões quanto medidas insuficientes de proteção, promoção e recuperação da saúde por parte do Estado. No mesmo sentido, o princípio da dignidade humana, tido como base do mínimo existencial, deve ser realizado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e reais existentes, visto que se constitui como mandado de otimização.

A análise crítica da atuação do Poder Judiciário na promoção do acesso à saúde, bem como de seus limites e implicações, buscou o desenvolvimento de reflexão teórica com o propósito de oferecer visão plural sobre este tema densamente complexo. Nos tópicos pertinentes à referida análise crítica, foram estudadas e apresentadas considerações sobre (i) o caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da CF/88, (ii) o aspecto do beneficiamento de um indivíduo em detrimento da coletividade, (iii) a legitimidade democrática para concretização do direito à saúde, (iv) a separação dos Poderes e a organização da Administração Pública, (v) o aspecto econômico, (vi) as diretrizes de universalidade e integralidade do sistema público de saúde, (vii) o aspecto probatório, (viii) o acesso à justiça e, por fim, (ix) o aspecto técnico.

O final do capítulo destina-se a oferecer parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário na busca de uniformidade das decisões referentes à concretização do acesso à saúde, baseados em critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional e isonômica, cujo objetivo é fortalecer o âmbito de aplicação do direito fundamental social à saúde e legitimar a atuação judicial na matéria. Nesse sentido, propôs-se que o Poder Judiciário (i) observe a legislação e o grau de desenvolvimento de políticas públicas já existentes e (ii) a limitação de condenação do Poder Público aos recursos públicos existentes, (iii) priorize tratamentos em estabelecimentos nacionais e vinculados ao SUS, (iv) limite a concessão de prestações em saúde a medicamentos genéricos e tratamentos de baixo custo, quando possível, (v) restrinja as determinações a prestações de eficácia comprovada e (vi) constantes das listas elaboradas pelo Poder Público – nas ações individuais, já que as mencionadas listas podem ser modificadas por ações coletivas ou de controle abstrato de constitucionalidade – e (vii) considere legítimo para figurar no polo passivo da demanda apenas o ente federativo responsável pela elaboração da lista que contém a prestação de saúde pleiteada pela via judicial.

Consideradas as exposições realizadas, conclui-se que apesar de não ser o meio previsto pela Constituição Federal para concretização do direito fundamental social à saúde, a via judicial mostra-se legítima para conceder acesso a prestações de saúde a beneficiários do sistema público de saúde, visto que o direito à saúde classifica-se como direito subjetivo, de prestação positiva, remetente e derivado, estando as normas infraconstitucionais e administrativas analisadas aptas a embasar a atuação do Poder Judiciário na matéria. Todavia, fundamental que a atuação jurisdicional adote limites e parâmetros para uniformizar a jurisprudência pertinente ao tema – como parece balizar o recente entendimento da Corte constitucional brasileira apresentado nos julgados relacionados a pedidos de concessão da substância *fosfoetanolamina sintética*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALESTRA NETO, Otávio. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 16, n. 1, p.87-111, jul. 2015.

BARBOSA, Anelisa Mota Sales. **A construção do direito à saúde no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mariam. **O direito à saúde na ordem constitucional brasileira**. Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 14, n. 2, p.71-100, dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p.89-114, dez. 2007.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.

BESERRA, Fabiano Holz. **Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da ADPF nº 45. Páginas de Direito**, Porto Alegre, v. 5, n. 286, p.01-12, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. 2014. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. CNJ. . **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. CNJ. . **Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ nº 107**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Legislação Estruturante do SUS**. 1. ed. Brasília, 2011.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

_____. **Lei nº 8.080/1990**. Brasília

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/1998**. Brasília.

_____. Ministério da Saúde. **Relatório final da VIII conferência nacional de saúde**. Brasília, 1986.

_____. Ministério da Saúde. **Textos básicos de saúde: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME**. 6. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

_____. STF. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 195192**. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 fev. 2000. DJ 31 mar. 2000.

_____. **Agravo regimental na suspensão de liminar nº 47**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

_____. **Agravo regimental na suspensão de liminar nº 815**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 mai. 2015. DJe-107 05 jun. 2015.

_____. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

_____. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 581352**. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 out. 2013. DJe-230 21 nov. 2013.

_____. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 716777.** Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 09 abr. 2013. DJe-091 16 mai. 2013.

_____. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 750768.** Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 25 out. 2011. DJe-226 29 nov. 2011.

_____. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 762242.** Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 nov. 2011. DJe-248 16 dez. 2013.

_____. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 831385.** Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 mar. 2015. DJe-063 06 abr. 2015.

_____. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 894085.** Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 dez. 2015. DJe-029 17 fev. 2016.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. DJ 04 mai. 2004.

_____. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5501.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 mai. 2016. DJe-103 20 mai. 2016.

_____. **Medida cautelar na petição nº 1246.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 31 jan. 1997. DJ 13 fev. 1997.

_____. **Recurso extraordinário nº 255627.** Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 21 nov. 2000. DJ 23 fev. 2001.

_____. **Recurso extraordinário nº 271286.** Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. DJ 21 nov. 2000.

_____. **Repercussão Geral no Recurso extraordinário nº 566471.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 nov. 2007. DJe-157 07 fev. 2007.

_____. **Repercussão geral no recurso extraordinário nº 657718.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 nov. 2011. DJe-051 12 mar. 2012.

_____. **Suspensão de segurança nº 3073.** Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 09 fev. 2007. DJ 14 fev. 2007.

_____. **Suspensão de tutela antecipada nº 91.** Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 fev. 2007. DJ 05 mar. 2007.

_____. **Suspensão de tutela antecipada nº 178.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 set. 2009. DJe-182 28 set. 2009.

_____. **Suspensão de tutela antecipada nº 278.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. DJe-076 30 abr. 2010.

_____. **Suspensão de tutela antecipada nº 828.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 abr. 2016. DJe-063 07 abr. 2016.

_____. **STJ. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 6564.** Primeira Turma. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 mai. 1996. DJ 17.06.1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento. **A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira.** *Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 4, n. 2, p.01-22, jan. 2010. p. 7

COHN, Amélia et al. **A saúde como direito e como serviço.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 14

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck.

HOCHMAN, Gilberto. **Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930-1945).** *Educar em Revista*, Curitiba, v. 1, n. 25, p.127-141, jun. 2005. p. 131

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 11. p. 265-283.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MÉDICI, André. **A seguridade social e a saúde.** In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. *A Previdência Social e a Revisão Constitucional.* V. 2. Debates. Brasília: CEPAL, 1994.

PIMENTA, Aparecida Linhares. **O SUS e a municipalização à luz da experiência concreta. Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 2, n. 1, p.25-40, 1993. p. 31-32

RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. Parte III. Cap. 4.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SANTA CATARINA. TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Veredicto: Boletim informativo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 2016. Edição 183. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 1. p. 11-53.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.